

DIE MITWIRKUNGSBEDÜRFTIGEN VERWALTUNGSAKTE

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des Rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Friedrich F. S i e b e c k e aus Rüthen (Westf.)

1958

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

Einleitung	1
----------------------	---

1. Abschnitt

Die Mitwirkung der Zivilperson

1. Kapitel

Die Formen der Mitwirkung

§ 1	Problemstellung	3
§ 2	Anregungen im Amtsverfahren	3
§ 3	Anträge im Antragsverfahren	5
	I. Die verfahrensrechtliche Funktion des Antrags . .	5
	II. Die Bedeutung des Antrags für den erstrebten	
	Hoheitsakt	8
	a) Die Ansichten im Schrifttum	8
	b) Zwei Arten der Anträge	9
	1) Bloße Verfahrenseinleitung	9
	aa) Ausdrückliche Beschränkung auf verfahrens-	
	rechtliche Funktion durch Gesetz	9
	bb) Das Gesetz sieht Antrags- und Amtsverfah-	
	ren nebeneinander vor	10
	cc) Das Gesetz verlangt zwingend einen selb-	
	ständigen Zustimmungsakt	10
	dd) Das Antragserfordernis beruht auf einer	
	Sollvorschrift	12
	ee) Die Prozeßanträge	13
	2) Mit materiell-rechtlicher Bedeutung	14
	aa) Anträge mit implizierter Zustimmung . .	14
	bb) Anträge mit implizierter Unterwerfung. .	16

2. Kapitel

Der Rechtscharakter der Anträge

§ 4	Problemstellung	17
§ 5	Die Interessentheorie	18
§ 6	Die Subjektstheorie	19
§ 7	Die Subjektionstheorie	21
§ 8	Die Rechtsformmentheorie	22

Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Walther Habscheid
Dekan: Prof. Dr. Andreas Predöhl

Tag der mündlichen Prüfung: 28.7.1958

§ 9	Die Rechtssatzrheorie	23
§ 10	Personale Kriterien	25
	I. Originäre öffentlich-rechtliche Anträge	25
	II. Derivative öffentlich-rechtliche Anträge	25
	III. Andere Unterscheidungsversuche	27
§ 11	Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung? - Bisherige Lösungsversuche	27
§ 12	Die rechtlichen Grundlagen des Antrags	30
§ 13	Der Rechtscharakter der bloßen Verfahrenseinleitung .	33
§ 14	Der Rechtscharakter des Antrags mit implizierter Zu- stimmung	34
§ 15	Der Rechtscharakter des Antrags mit implizierter Un- terwerfung	38

3. Kapitel

Die Rechtsgrundlagen der Mitwirkungserklärungen

§ 16	Die Anwendung privatrechtlicher Normen	40
	I. Zulässigkeit	40
	II. Gesetzesanalogie	41
	a) Auf Grund Gesetzes	41
	b) Aus praktischer Notwendigkeit	41
	1) Der Schutz der nicht Geschäftsfähigen . . .	41
	2) Bindung und Anfechtbarkeit des Antrags . .	42
	3) Stellvertretung	45
	4) Rechtsnachfolge	45
	aa) Bei Vermögensrechten	46
	bb) Bei dinglich wirkenden Berechtigungen .	46
	cc) Bei Realgewerbeberechtigungen	47
	5) Weitere Beispiele	47
§ 17	Die Form der Mitwirkungserklärung	47
§ 18	Der Inhalt der Mitwirkungserklärung	50
§ 19	Die Freiwilligkeit der Mitwirkungserklärung	52
§ 20	Das Erlöschen der Mitwirkungserklärung	54

2. Abschnitt

Die Bedeutung der Mitwirkung für den Verwaltungsakt

1. Kapitel

Die historische Entwicklung der Meinungen

§ 21	Problemstellung	57
§ 22	Der Vertrag der Patrimonialzeit	57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

§ 23	Einseitiger Staatsakt bei allgemeiner Dienstpflicht . . .	58
§ 24	Die Theorie von der "lex specialis"	59
§ 25	Die Theorie vom öffentlich-rechtlichen Verträge . . .	60

2. Kapitel

Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte

§ 26	Der "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" nach O. Mayer . . .	66
	I. Das Verhältnis Staatsgewalt - Staatsbürger . . .	66
	II. Die Unterwerfung unter die Staatsgewalt	68
	III. Die Bedeutung der Unterwerfung	69
§ 27	Der "zweiseitige Verwaltungsakt" nach W. Jellinek . . .	71
	I. Der Begriff des "zweiseitigen Verwaltungsakts" . . .	71
	II. Der "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" nach W. Jellinek	72
	III. Das Echo in Rechtsprechung und Lehre	73
	IV. Kritik an der Theorie vom "zweiseitigen Verwaltungsakt"	73
	a) Die Bezeichnung	73
	b) Die Bedeutung der Zustimmung	74
	c) Die Verquickung mit dem Rechtsschutzproblem . . .	75
	d) Die Brauchbarkeit für die Praxis	76
	V. Die Unterscheidung von "zweiseitigem Verwaltungsakt" und "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" . . .	76
	VI. Unterscheidungsversuche anderer Autoren	78
	VII. Spiegel des Verhältnisses Staatsgewalt - Bürger . . .	80
§ 28	Der "zustimmungsbedürftige Verwaltungsakt"	81
	I. Der Lehrsatz Elleringmanns	81
	II. Versuch einer dogmatischen Begründung	82
	a) Der Antrag als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung? . . .	83
	1) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung . . .	83
	2) Konkrete Rechtmäßigkeitsvoraussetzung . . .	83
	b) Der Antrag nur als Verfahrensbestandteil? . . .	88
§ 29	Definition des "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakts" . . .	89
§ 30	Das richterliche Urteil	90
§ 31	Der "privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt"	91
	I. Charakterisierung	91
	II. Vertragsformende Hoheitsakte	93
	III. Vertragsgestaltende Verwaltungsakte	94
	a) Vertragsgenehmigende Verwaltungsakte	94

- IV -

b)	Vertragsausgestaltende Verwaltungsakte . . .	95
c)	Vertragserzeugende Verwaltungsakte . . .	95
IV.	Eigentumsgestaltende Verwaltungsakte . . .	97
a)	Grundbucheintragung . . .	97
b)	Zwangsvollstreckungshandlungen . . .	99
V.	Körperschaftsgestaltende Verwaltungsakte . .	100
VI.	Ihre grundsätzliche Gleichheit im Wesen . . .	102

3. Kapitel

Verwaltungsakte auf Unterwerfung

§ 32	Die Theorie Wolffs . . .	103
§ 33	Die Widmung für den öffentlichen Verkehr ...	104
§ 34	Die Bestrafung im Unterwerfungsverfahren . . .	107
§ 35	Die Pauschalbesteuerung . . .	110
§ 36	Die Unterwerfung unter einen rechtswidrigen Verwal- tungsakt . . .	111
I.	Möglichkeiten . . .	111
II.	Grenzen . . .	114
a)	Nichtige Verwaltungsakte . . .	114
b)	Nichtige Unterwerfung . . .	117
1)	Nur als Einzelunterwerfung . . .	117
2)	Gesetzliche Verbote und gute Sitten . .	118
§ 37	Definition des "Verwaltungsakts auf Unterwerfung".	119
	Schluß . . .	120

S c h r i f t l i c h e V e r z e i c h n i s s

Adamovich, Ludwig	Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, 5. Aufl., Wien 1954
Anders, Georg	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung national-sozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes, 2. Aufl., Köln-Berlin 1956 (zit: Wiedergutmachung)
Andersen, Poul	Ungültige Verwaltungsakte, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl., Berlin 1930
Anschütz-Thoma	Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2 Bde., Tübingen 1930/32
Antoniolli, Walter	Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954
Apelt, Willibalt	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920 (zit: Vertrag)
Armstroff, Ernst	Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen, Berlin 1933
Arndt, Adolf	Staatsrecht des deutschen Reiches, Berlin 1901
„	Das preussische Verwaltungsrecht, Berlin 1902
„	Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat, 7. Aufl., Berlin 1911
Auerbach, Leonhard	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Essen 1954
Bachof, Otto	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 377
„	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1954
Baechi, Walter	Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweifelhaft - Verwaltungsakt oder Vertrag? Zürich-ber Diss. Jur. 1934
Basse, F. von	Grundfragen des Beamtenrechts, Berlin 1945

- | | |
|--------------------------------|---|
| Baumbach-Hueck | Gesetz über Aktiengesellschaften, 7. Aufl., München-Berlin 1951 |
| -- | Gesetz betr. die Gesellschaften mit & beschränkter Haftung, 7. Aufl., München-Berlin 1955 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., München-Berlin 1951 |
| Baur, Fritz | Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955 |
| -- | Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, 507 |
| Becke, Franz Arnold
von der | Von Staatsämtern und Staatsdienern, Heilbronn 1797 |
| Becker, Enno | Die Reichsabgabenordnung, 7. Aufl., 2 Bde., München-Berlin 1930 |
| Beling, Ernst | Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin-Leipzig 1928 (zit: StrPrR) |
| Berger, Emil | Die Reichsabgabenordnung nach ihren Schwerpunkten für die Praxis, Straubing 1951 |
| Bernatzik, Edmund | Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911 |
| Bernewitz, von | Reichsgewerbeordnung, 7. Aufl., 2 Bde., Leipzig 1901 |
| Bettermann, Karl
August | Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, MDR 1949, 394 |
| -- | Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, S. 361 ff. |
| -- | Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für Friedrich Lent, München-Berlin 1957, S. 17 ff. |
| Beyer, Bruno | Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten, VerwA 1927, 226 |

- Bierling, Ernst Rudolf Kritik der juristischen Grundbe-
griffe, 2 Bde., Gotha 1877/83
- Blessin-Wilden-Ehrig Bundesentschädigungsgesetz, 2. Aufl.,
München-Berlin 1957
- Blomeyer, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivil-
prozeß, Festschr. für Justus Wilhelm
Hedemann, Jena 1938, S. 191 ff.
- Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Berlin
1956
- Blume, Ernst Tatbestandskomplemente, Breslau 1906
- Bluntschli, Johann,
Caspar Lehre vom modernen Staat, 5. Aufl.,
3 Bde., Stuttgart 1875/76
- Bochalli, Alfred Bundesbeamtengesetz, München-Berlin
1954
- Landesbeamtengesetz von Nordrhein-
Westfalen, Köln-Berlin 1955
- Boehmer, Gustaf Grundlagen der bürgerlichen Rechts-
ordnung, 3 Bde., Tübingen 1950-52
(zit: Grundlagen)
- Bönninger, K., u.a. Das Verwaltungsrecht der Deutschen
Demokratischen Republik, Allgemeiner
Teil, Berlin 1957
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Art. 102 ff.
der Reichsverfassung die Unabhän-
gigkeit des Richters und den Rechts-
weg? ZZP 51, 201
- Bornhak, Conrad Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896
- Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl.,
2 Bde., Breslau 1911
- Brand, Arthur Das Beamtenrecht, 3. Aufl., Berlin
1928
- Das Deutsche Beamtengesetz, 4. Aufl.
Berlin 1942
- Brand-Marowski Die Registersachen in der gerichtli-
chen Praxis, 4. Aufl., Göttingen-
Berlin-Heidelberg 1956
- Brand-Schnitzler Die Grundbuchordnung in der gericht-
lichen Praxis, 8. Aufl., 2 Bde.,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954
(zit: Grundbuchsachen)
- Braukmüller, Heinrich Das Ordnungsstrafverfahren des Preis-
rechts, Breslau-Neukirch 1941
- Brecht, Julius Erbschaftssteuergesetz, Stuttgart 19

- Breit, James Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ZBlFG 4, 389
- Brönner, Herbert Kapitalverkehrssteuergesetz, Köln 1956
- Buddeberg, Theodor Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AöR nF 8, 85
- Bundesjustizministerium Referenten-Denkschrift zur Vorbereitung eines Richtergesetzes, Köln 1954
- Bülow, Oskar Das Geständnisrecht, Freiburg 1899
- Bürckner, Hermann Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt, Leipzig 1930
- Bürger, Otto Die Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft im Verwaltungsrecht, Leipzig 1927 (zit: Verpflichtung)
- Calker, Fritz van Grundzüge des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 1929 (zit: Grundzüge)
- Carlebach, Rudolf, u.a. Kommentar zu dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Stuttgart 1913
- Carlsfeld, Schnorr von Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
- Coester, Konrad Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Bd.1: Allgemeine Lehren und das Schuldrecht, 7. Aufl., Jena 1922
- Dahlmann, Friedrich Christoph Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt; Bd. 1: Vom Staate für sich selber, 2. Aufl. Leipzig 1847
- Dennewitz, Bodo Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 (zit: Bonner Komm.)
- Dersch, Hermann Die Bedeutung der Verwaltungsakte in der neueren Entwicklung des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung, Festschr. für Hans C. Nipperdey, München-Berlin 1955, S. 215 ff.
- Distel-Selge Bundesbeamtengesetz, Köln-Deutz 1954
- Dittus-Zinkahn Baulandbeschaffungsgesetz, München-Berlin 1954
- Drews, Bill Preussisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1936
- Drost - Erbs Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz, Frankfurt a.M. 1949

- Dürig, Günter Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW 1953, 326
- Dyroff, Anton Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 5. Aufl., Ansbach 1917
- Ebert-Dudeck-Lindemann Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1908
- Ehm, Kurt Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz vom 10. September 1919, Köln 1921
- Elleringmann, Rudolf Die rechtliche Natur der Beamteneinstellung, BJB 1935, 292
- Eltzbacher, Paul Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht; Bd. 1: Das rechts wirksame Verhalten, Berlin 1903 (zit: Handlungsfähigkeit)
- Endemann, Friedrich Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts; Bd. 1: Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse, 8. Aufl. Berlin 1903
- Englert-Mang Bayerische Bauordnung, 11. Aufl., München 1957
- Engelhard Anfechtungsklage - Vornahmeklage, NJW 1956, 1377
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1952/55
- Erman, Walter u.a. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster 1952
- Eschstruth, Max von Der öffentliche Weg, Diss. Jur. Berlin 1902
- Eyerman-Fröhler Verwaltungsgerichtsgesetz, München-Berlin 1950 (zit: VGG)
- Fachinger, Josef Die Zulässigkeit von verwaltungsgerichtlichen Auflagen, DV 1949, 118
- Falkmann-Hubernagel Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, 3. Aufl., Berlin 1937 - 1939
- Finger, Theodor Staatsrecht des deutschen Reiches, Stuttgart 1923
- Fischbach, Oskar Georg Die Begründung und die Beendigung des Beamtenverhältnisses, DV 1938, 18
- Deutsches Beamtengesetz, Berlin 1937 (zit: DBG)

- Fischbach, Oskar Georg Bundesbeamtengesetz, Köln-Berlin 1954 (zit: BBG)
- Das Landesbeamtengesetz von Berlin, Berlin-Köln 1954
- Fleiner, Fritz Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923
- Einzelrecht und öffentliches Interesse, Tübingen 1925 (zit: Einzelrecht)
- Institutionen des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit: Institutionen)
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München-Berlin 1955 6. Aufl., 1956 (zit: VR)
- Frank, Erich Pauschalierung und Pauschalfestsetzung im neuen Reichssteuerecht, StW 1935 I 1101
- Frank u.a. Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937
- Friedrichs Die Anstellung der Beamten, DJZ 1928, 87
- Friedrichs, Karl Der Allgemeine Teil des Rechts. Eine Darstellung der gemeinsamen Lehren des öffentlichen und des privaten Rechts, Berlin-Leipzig 1927
- Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, Berlin 1932
- Friesenhahn, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht-Staat-Wirtschaft II 233
- Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschr. für Richard Thoma, Tübingen 1950 S. 21 ff.
- Fuchs, Alois Handbuch des Steuerstrafrechts und Steuerstrafverfahrensrechts, Nürnberg 1949
- Fürnrohr, August Das Gesetz über das Reichsnotopfer vom 31. Dezember 1919, München, Berlin und Leipzig 1920
- Germann, Oskar Adolf Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950 (zit: Grundlagen)
- Gerber, Carl Friedrich von Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig 1880
- Germershausen, A. Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl., 2 Bde., Berlin 1932/33
- Gierke, Otto von Deutsches Privatrecht; Bd 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895 (zit: DPrR)

- Giese, Friedrich Die Verfassung des Deutschen Reiches,
8. Aufl., Berlin 1931
- Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl.,
Tübingen 1948
- Reichsabgabenordnung, in der Reihe
"Der Wirtschaftskommentator", Frank-
furt a.M. 1950
- Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, 3. Aufl., Frankfurt a.M.
1953
- Giese-Neuwiehm-Cahn Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin
1930 (zit: VR)
- Giese-Niemann Das Devisengesetz, Loseblattausgabe,
Köln 1942
- Giesges, Werner Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der
Britischen Zone, Hamburg 1948
- Glaser, Franz Das Zwangsvollstreckungswesen,
Regensburg 1954
- v. Godin-Wilhelmi Gesetz über Aktiengesellschaften und
Kommanditgesellschaften auf Aktien,
2. Aufl., Berlin 1950
- Gönner, Nikolaus Der Staatsdienst aus dem Gesichts-
Thaddäus punkt des Rechts und der National-
ökonomie betrachtet, Landshut 1808
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin
1932 (zit: ZPR)
- Grosch, G. Der Staat als Kontrahent, JÖR 1911,
267
- Grotefend, Georg August Lehrbuch des Preußischen Verwal-
tungsrechts, 2 Bde., Berlin 1890/92
- Guba, Paul Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen
des Wegerechts, Diss. Jur. Leipzig 1917
- Güthe-Triebel Grundbuchordnung, 6. Aufl., Berlin 1936
- Haas, Leo Rechtsbegriff und Rechtsidee. Die for-
malistische Rechtsphilosophie Rudolf
Stammlers und das formalistische Na-
turrecht, Diss. Phil. Freiburg (Schweiz)
1950
- Habscheid, Walther Grundfragen der Freiwilligen Gerichts-
barkeit, DRPfl 1957, 164
- Häberlin, Karl Friedrich Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
2. Aufl., Berlin 1797

- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956
- Hartmann Können die bürgerlichen Gerichte über öffentlich-rechtliche Gegenforderungen entscheiden? DJZ 1912, 1519
- Hatschek, Julius Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl., Leipzig 1931
- Hawelka, Fritz Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich, Wien 1910.
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Heffter, August Wilhelm Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, Bd. 1, Berlin 1829
- Heismann, Fritz Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Wegen, dargestellt nach preußischem Recht, Diss. Jur. Göttingen 1933
- Helfritz, Hans Verwaltungsrecht, Hannover 1949
- Hellbling, Ernst Karl Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, 2 Bde., Wien 1953/54
--- Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, Wien 1956
- Hellwig, Konrad Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Festg. für Otto von Gierke, Breslau 1910, Bd. 2, S. 41 ff.
--- System des deutschen Zivilprozeßrechts, 2 Bde., Leipzig 1912/19
- Henke-Mönch-Horber Grundbuchordnung, 3. Aufl., München-Berlin 1951
- Herrnritt, Rudolf Hermann Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921 (zit: VR)
--- Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932
- Hesse-Saage-Fischer Grundbuchordnung, 3. Aufl., Berlin 1954
- Heyen, Karl Zur Frage der Nichtigkeit und Überprüfbarkeit mangelhafter Verwaltungsakte, SchlHAnz 1949, 357
- Heyland, Karl Deutsches Beamtenrecht, Berlin 1938
--- Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, Berlin 1949
--- Das Recht der Beamten, Braunschweig 1951

- | | |
|------------------------------|---|
| Hippel, Ernst von | Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924 |
| --- | Einführung in die Rechtstheorie, 2. Aufl., Bonn 1947 |
| Höpker-Aschoff, Hermann | Das Finanz- und Steuerwesen des Bonner Grundgesetzes, AöR. 75, 309 |
| Hofacker, Wilhelm | Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Berlin 1919 |
| Hoffmann, Albrecht
Rudolf | Das Reichserbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906, Leipzig 1907 |
| Hofmann, Fritz | Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht, Breslau 1930 |
| Holling, Werner | Verwaltung und Verwaltungsrecht, Berlin 1947 |
| Holtz-Kreutz-Schlegelberger | Das Preußische Wassergesetz, 4. Aufl., 2 Bde., Berlin 1927/31 |
| Huber, Ernst Rudolf | Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, Berlin 1935 |
| --- | Die verfassungsrechtliche Stellung des Beamtentums, Festschr. für Heinrich Siber, Leipzig 1941, S.275 ff. |
| --- | Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1953 (zit: WVR) |
| Hueck-Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1./2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930 |
| Hübschmann-Hepp-Spitaler | Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Köln 1951 |
| Hufnagel, Franz | Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin-München 1950 (zit: Verwaltungsgerichtsbarkeit) |
| Husen, Paulus van | Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen, Stuttgart 1947 |
| Husserl, Gerhart | Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925 |
| Ihering, Rudolf von | Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. Aufl., 4 Bde., Leipzig 1907 |
| Imboden, Max | Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944 |

- Ipsen, Hans Peter Widerruf gültiger Verwaltungsakte,
Hamburg 1932
- Gesetzliche Indienstnahme Privater für
Verwaltungsaufgaben, Festgabe für Erich
Kaufmann, Stuttgart-Köln 1950, S. 141 ff.
- Jacobi, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig
1927 (zit: Arbeitsrecht)
- Die Scheidung zwischen öffentlichem und
privatem Recht in der Deutschen Demo-
kratischen Republik, Festgabe für Rudolf
Smend, Göttingen 1952, S. 145 ff.
- Jaschkowitz, Ernst Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR 56, 321
 Joachim
- Jedlicka, Georg Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Ver-
waltungsrecht, Diss. Jur. Zürich 1928
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin
1905
- System der subjektiven öffentlichen Rechte,
Freiburg 1892; 2. Aufl., 1905 und 1919
- Ausgewählte Schriften und Reden, 2 Bde.,
Berlin 1911
- Jellinek, Walter Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wir-
kungen, Tübingen 1908
- Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwal-
tungsakt auf Unterwerfung, Festgabe für
das Preuß. OVG, 1925, (zit: Festg.)
- . Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg
1931, Neudruck 1948 (zit: VR)
- Jentsch, Ullrich Zum Begriff des öffentlichen Rechts,
DÖV 1956, 299
- Jèze, Gaston Das Verwaltungsrecht der Französischen
Republik, Tübingen 1913
- Jonas-Melsheimer-Hornig- Kommentar zur Kostenordnung, 2. Aufl.,
Stemmler Berlin 1936
- Josef, Eugen Das Reichsgesetz über die Angelegenhei-
ten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Freiburg 1900
- Inwiefern bedürfen Anträge und Erklärun-
gen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit
der Unterschrift der Beteiligten? ZBlFG
5, 817
- Streitfragen aus dem Verwaltungsrecht
und dem Verwaltungsverfahren, VerwA 30,
475 ff.

- Keidel, Fritz - Keidel, Theodor Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Aufl. München-Berlin 1954
- v. Keller-Trautmann Kommentar zum Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913, München 1914
- Kessler, Burghard Kapitalverkehrssteuer-Gesetz vom 8. April 1922, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1927
- Kapitalverkehrssteuer-Gesetz vom 16. Oktober 1934, Berlin-Leipzig 1935
- Kipp, Theodor Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz in der Fassung vom 22. August 1925, Berlin 1927
- Kisch, Wilhelm Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1923
- Klein, Friedrich Senkung der Haushaltseinnahmen des Bundes durch Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates ohne Zustimmung der Bundesregierung? StW 1950, 761
- Klein-Engel Der Zivilprozeß Österreichs, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927
- Klinger, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl., Göttingen 1954, (zit: VGVO)
- Klüber, Hans Grundzüge des Beamtenrechts, VerWA 31 (1926), 136 ff.
- Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht, VerWA 40 (1935), 113 ff.
- Knauth-Wagner Landesverwaltungsordnung für Thüringen Weimar 1927
- Köhler, Ludwig von Grundlehren des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin 1936 (zit: VR)
- Koellreutter, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1938
- Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln 1953
- Körner, Alois Studien zum Recht der öffentlichen Wege, Leipzig und Wien 1932
- Kötter Steuerstrafrecht und Steuerstraßverfahren, Straubing 1952

- Köttgen, Arnold Deutsche Verwaltung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1936
- Korintenberg-Ackermann-Wenz Kostenordnung, 3. Aufl., Berlin 1944
- Kormann, Karl Grundzüge eines allgemeinen Teils des Rechts, Ann. 1912, 1 ff.
- System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zit: System)
- Krien, Erich Die Verwaltung des Güterkraftverkehrs, Berlin-Bielefeld-München 1954
- Kroeber, Wilhelm Das Problem des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts, Stuttgart 1931
- Küchenhoff, Günter Die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Privatperson, Festgabe für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 317 ff.
- Kühn, Rolf Reichsabgabenordnung, 3. Aufl., Stuttgart 1954
- Kintzel-Kersten Die Kostenordnung, Bad Harzburg 1951
- Kwiatkowski, Gotthard Die Entstehung des öffentlichen Weges, Diss. Jur. Breslau 1929
- Laband, Paul Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1914 (zit: Staatsrecht)
- Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937 (zit: VR)
- Landmann-Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung, 9. Aufl., 2 Bde., München-Berlin 1938; 11. Aufl., 1956, von Eyermann-Fröhler (zit: GewO)
- Lange, Heinrich BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München-Berlin 1955
- Lassally, Oswald Die Anwendbarkeit von Normen des bürgerlichen Rechts im öffentlichen Rechte, FischersZ 59, 153
- Lehmann, Gerhard Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Berlin 1919 (zit: Grundbegriffe)
- Der Erstattungsanspruch im Finanz- und Verwaltungsrecht, Berlin 1921 (zit: Der Erstattungsanspruch).
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Aufl., Berlin 1952

- Lent, Friedrich Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl.
München und Berlin 1958
- Loening, Edgar Lehrbuch des deutschen Verwaltungs-
rechts, Leipzig 1884 (zit: VR)
- Maaßen Das Unterwerfungsverfahren der Finan-
ämter, DStZ 1942, 9.
- Mangoldt, Hermann von Nebenbestimmungen bei rechtsgewährten
den Verwaltungsakten, VerwA 37
(1932), 101
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Berlin-Frankfurt 1953;
2. Aufl., 1955, von Friedrich Klein
- Mannlicher-Coreth Das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl.,
Wien 1927
- Marcus, Josef Erbschaftssteuergesetz in der neuen
Fassung vom 22. August 1925,
6. Aufl., Berlin-Wien 1926
- Mattern, Gerhard Steuerstrafrecht II, Leitfaden für
das Steuerstrafverfahren, Köln 1949
- Verwaltungs- und gerichtliches Steuer-
strafverfahren, Berlin 1955; Sonder-
abdruck aus der "Zeitschrift für die
gesamte Strafrechtswissenschaft",
Bd 67, S. 363.
- Maunz, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sacher-
rechts, München-Berlin-Leipzig 1933
- Verwaltung, Hamburg 1937
- Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl.,
München-Berlin 1956
- Mayer, Otto Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen
Vertrage, AöR 3, 1 ff.
- Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl.,
2 Bde., 1895/96; 3. Aufl., 1924
- Mayer-Allfeld Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922
- Megow, Heinrich Erbschaftssteuergesetz, 3. Aufl.,
Berlin-Frankfurt a.M. 1955
- Das Steuerstrafverfahren, Leipzig 1933
- Menger, Christian,
Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit:
Rechtsschutz

- Meyer, Georg Lehrbuch des Staatsrechts, 4. Aufl.,
Leipzig 1895; 7. Aufl. von Gerhard
Anschütz, München-Leipzig 1919
(zit: Meyer-Anschütz: Staatsrecht)
- Meyer, Gg.-Dochow Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts,
4. Aufl., 2 Bde., München-Leipzig 1913
- Meyer-Branecke Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Nor-
men im Verwaltungsrecht, AöR nF 11, 276
- Michel, Elmar Das Gaststättengesetz, 4. Aufl., Köln-
Berlin 1952 (zit: GastG)
- Model, Otto Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz,
Köln 1949
- Handbuch zum Testaments- und Erbschafts-
steuerrecht, zugl. 2. Aufl. des Komm.
zum Erbschaftssteuergesetz, Köln 1953
- Mohl, Robert von Das Staatsrecht des Königreichs Württem-
berg, 2. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1840
- Encyklopädie der Staatswissenschaften,
Freiburg i Br. und Tübingen 1859
- Molitor, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht,
Karlsruhe 1949
- Müller-Tochtermann Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen
Verwaltung und Rechtsprechung, DRiZ
1956, 4
- Münzel, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivil-
prozeß in der neueren Entwicklung, ZZP
66 (1953), 334
- Nawiaski, Hans Forderungs- und Gewaltverhältnis. Ein
Beitrag zum allgemeinen Teil des priva-
ten und öffentlichen Rechts, Festschr.
für Ernst Zitelmann, München-Leipzig 1913
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil,
2. Aufl., Stuttgart 1949
- Nikisch, Artur Arbeitsrecht, Tübingen 1951
- Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
- Nischk, K. Das Kommunalbeamtenrecht, 2. Aufl.,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1929
- Nußbaum, Arthur Die Prozeßhandlungen, ihre Erfordernisse
und Voraussetzungen, München 1908
- Oertmann, Paul Die Rechtsbedingung (condicio iuris),
Leipzig-Erlangen 1924
- Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Allge-
meiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927

- Oßwald, Josef Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschem Privat- und Verwaltungsrecht, Diss. Jur. Heidelberg 1909
- Otto, W. Die Nichtigkeit von Beamtenernennungen, ZBR 1955, 1 ff.
- Perthes, Clemens,
Theodor Der Staatsdienst in Preußen, Hamburg 1838
- Peters, Hans Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Piloty-Schneider Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem deutschen Reiche, Leipzig 1930
- Planck-Strohal Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913
- Pollack-Jurisch Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1949
- Pražák, Georg Die spezielle Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, AÖR 4, 241
- Preuß, Hugo Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902 (zit: Amtsrecht)
- Rahn-Grinsinski Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. Juli 1949, Stuttgart-Köln 1950
- Rehm, Hermann Die Rechtsnatur der Beamtenanstellung Ann. 1884, 571 ff., 1885, 1 ff.
- RGRKomm. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch hrsg von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. 1: Allgemeiner Teil und allgemeines Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 1953
- Rhode, Heinz Arbeitsrecht, Sozialrecht, Gemeinschaftsrecht, Berlin 1944
- Riewald, Alfred Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, Bd. 1, Berlin 1941; Bd. 2, Berlin-Köln-Detmold 1951
- Ritter, Hans Georg Kapitalverkehrssteuergesetz vom 16. Oktober 1934, Berlin 1939
- Rönne, Ludwig von Staatsrecht des deutschen Reiches, 2. Aufl., 2 Bde., Leipzig 1876
- Rohlfing-Kiskalt Gewerbeordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1953

- Rohmer-Eyermann Kommentar zum Gaststättengesetz,
2. Aufl., München-Berlin 1952
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl.
München-Berlin 1956 (zit: ZPR)
- Rosin, Heinrich Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen,
2. Aufl., Berlin 1895
- Rotberg, Hans Eberhard Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Ber-
lin und Frankfurt a.M. 1952
- Ruck, Erwin Schweizerisches Verwaltungsrecht, Allge-
meiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1951
- Sandt, Theodor van de Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der
Britischen Zone, Münster 1949
- Sauer, Wilhelm Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl.,
Stuttgart 1929
- Savigny, Friedrich C.von System des heutigen römischen Rechts,
8 Bde., Berlin 1840-49
- Schachian, Herbert Erbschaftssteuergesetz vom 25.Juni 1931,
5. Aufl., Berlin und Leipzig 1931
- Schallenberg, Hermann Die Widmung, Stuttgart und Köln 1955
- Schelcher, Walter Die rechtliche Natur und die Wirkungen
der Eisenbahnkonzession, FischersZ 20,
1 ff.
- Justiz und Verwaltung, Leipzig 1919
- Schenkel, K. Deutsche Gewerbeordnung, 2. Aufl.,
2 Bde., Karlsruhe 1892/94
- Schicker, Arthur von Gewerbeordnung für das Deutsche Reich,
4. Aufl., Stuttgart 1901
- Schlegelberger, Franz Kommentar zum Gesetz über die Angelegen-
heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
6. Aufl., 2 Bde., Köln-Berlin 1952
- Schlegelberger-Quassowski
Herbig-Geßler-Hefermehl Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, 2.Aufl.,
Berlin 1937
- Schloßmann, Siegmund Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Fest-
gabe für A. Hänel, Kiel-Leipzig 1907
- Schlüter, Hans Joachim Die Änderung von Steuerbescheiden, StW
1948, 583
- Schubert Die Grundbegriffe des Wegerechts,
FischersZ 47, 1 ff.

- Schmidt, Richard Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 2. Aufl., Leipzig 1906
(zit: ZPR)
- Schmitthenner, Friedrich Zwölf Bücher vom Staate, Gießen
Jakob 1839-1845
- Schneider, Hans Justizfreie Hoheitsakte, Tübingen 1951
- Schneider, Richard Kommentar zum Deutschen Beamtengesetz
Bonn 1951
- Schoen, Paul Der Widerruf der Verfügungen nach den
Rechtsprechung des OVG, Festgabe für
das Preuß. OVG, 1925, 118 ff.
- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl.,
Karlsruhe 1956
- Schönke-Schröder-Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8.
Aufl., Karlsruhe 1956 (zit: ZRP)
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl.
Köln 1950
- Schröcker Das fehlerhafte Beamtenverhältnis,
DVBl 1957, 661
- Schultzenstein, Max Die Widmung zum öffentlichen Wege,
VerwA 1921, 169
- Schulze, Hermann Lehrbuch des deutschen Staatsrechts,
2 Bde., Leipzig 1881/86
- Schwinge, Erich Der fehlerhafte Staatsakt in Mobiliar-
vollstreckungsrecht, Mannheim-Berlin-
Leipzig 1930
- Seidler, Kurt Die rechtliche Natur der Anstellung in
öffentlichen Dienst, ZöR 12, 298
- Seuffert, Johann Michael Von dem Verhältnisse des Staats und
von der Diener des Staats in rechtlichen
und politischen Verstande, Würzburg 1793
- Seydel, Max von Grundzüge einer allgemeinen Staats-
lehre, Würzburg 1873
- Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl.,
3 Bde., Freiburg-Leipzig 1896
- Siméon-David Lehrbuch der freiwilligen und streiti-
gen Gerichtsbarkeit, 16./17. Aufl.,
Berlin 1931

- Spiegel, Ludwig Die Verwaltungsrechtswissenschaft, Leipzig 1909
- Spörlein, Hans Das Steuerstrafrecht, in der Schriftenreihe "Rechtsarchiv der Wirtschaft", 1953
- Stammler, Rudolf Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911
- Staub-Hachenburg Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl. von Schmidt-Schilling, Berlin 1956
- Staudinger, Johann von u.a. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1925-30
- Stein, Friedrich Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912
- Stein-Jonas-Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 17. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1951
- Stengel, Karl von Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg und Leipzig 1894
- Stoecker, Dieter Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München und Berlin 1952
- Stölzel, Otto Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen, Berlin 1901
- Stölzel, Adolf Schulung für die zivilistische Praxis, 8. Aufl., 2 Bde., Berlin 1909
- Stölzle, Hans Erbschaftssteuergesetz 1925/1931, 2. Aufl., Leipzig 1932
- Studenikin-Wlassow-Jewtschikow Sowjetisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, Moskau 1950, deutsche Ausgabe Berlin 1954
- Sydow-Busch Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl., hrsg. von Krantz-Triebel, Berlin 1941
- Texner, Friedrich Das österreichische Administrativverfahren, Wien 1922
- Thieme, Paul Grundbuchordnung, 4. Aufl., Celle 1955
- Triepel, Heinrich Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Diethmarschen, Festgabe für Heinrich Brunner, München-Leipzig 1914, S. 523 ff.
- Tschopp, Josef Über proßessualische Rechtsgeschäfte, München 1890
- Turegg, Kurt Egon von Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956 (zit: VR)

- Ule, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz.
ZJB1 1949, 61
- Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit
und das Verhältnis von Justiz und
Verwaltung, DRZ Beiheft 10, 13
- Das Bonner Grundgesetz und die Ver-
waltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1951
- Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht
der Generalklausel, Recht-Staat-Wirt-
schaft III 260
- Gesetz über das Bundesverwaltungs-
gericht, Berlin-Köln 1952
- Bundessondergerichte? DVBl 1953, 397
- Vogel, Hermann Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl.,
Berlin-Frankfurt a.M. 1956
- Voß, Werner Das preußische Wegerecht, München 1937
- Wacke, Gerhard Beamtenrecht und öffentliches Dienst-
recht, Hamburg 1941
- Das Finanzwesen in der Bundesrepublik
DRZ 1950, Beiheft 13, 1 ff.
- Weber, Hellmuth von Die strafrechtliche Bedeutung der
europäischen Menschenrechtskonven-
tion, ZStrW 65, 334
- Weinbach, Hermann Das Kapitalverkehrssteuer-Gesetz,
3. Aufl., Berlin-Wien 1928
- Weismann, Jakob Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 2 Bde., Stuttgart 1903
(zit: ZPR)
- Wellstein, Georg Das Reichsgesetz über die freiwillige
Gerichtsbarkeit, Berlin 1899
- Preußisches Gesetz über die freiwilli-
ge Gerichtsbarkeit, Berlin 1900
- Welzel, Hans Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl.,
Berlin 1954
- v.Werder-Labs-Ortmann Das Verfahren vor den Verwaltungsge-
richten, Kommentar zur VO Nr. 165,
Oldenburg 1949
- Westermann, Harry Sachenrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1954
- Wille, Siegfried Kompromißlösungen im steuerrechtlicher
Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren
StW 1944, 23

- Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1,
8. Aufl., Frankfurt 1900
- Wolff, Hans J. Organschaft und juristische Person, Bd.
1: Juristische Person und Staatsperson,
Berlin 1933
- Über die Gerichtsbarkeit als principium
iuris, Festschr. für Wilhelm Sauer,
Berlin 1949, S. 103 ff.
- Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten,
MDR 1951, 523
- Voraussetzungen eines "besonderen Ver-
waltungsgerichts", dargestellt am Bei-
spiel der Spruchkammern bei den Oberver-
sicherungsämtern, MDR 1951, 67
- Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen
Reflexrechten, insbesondere im Fürsorge-
recht, Festschr. zum 25jährigen Bestehen
der Westfälischen Verwaltungsakademie,
Münster-Berlin-Bad Godesberg 1950, S.
119 ff. (zit: Der Abwendungsanspruch)
- Der Unterschied zwischen öffentlichem
und privatem Recht, AöR 76, 205 ff.
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestal-
tende Grundentscheidungen als Rechts-
quellen, Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek, München 1955, S. 33 ff.
- Verwaltungsrecht I, 2. Aufl., München-
Berlin 1958 (zit: VR I)
- Wolff, Karl Grundriß des österreichischen Zivilpro-
zeßrechts, 2. Aufl., Wien 1947
- Woll, Erwin Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Diss.
Jur., Heidelberg 1927
- Wurzer, Gustaf Nichturteil und nichtiges Urteil, Bres-
lau 1927
- Zachariae, Heinrich
Albert Deutsches Staats- und Bundesrecht,
3. Aufl., Göttingen 1865
- Zachariae, Karl Salomo Vierzig Bücher vom Staate, 5 Bde., Hei-
delberg, Stuttgart und Tübingen 1820-32
- Zimmermann-Mühe Das Erbschaftssteuergesetz vom 10. Sep-
tember 1919, Stuttgart 1919
- Zinn-Stein Die Verfassung des Landes Hessen, Bad
Homburg v.d.H. und Berlin 1954
- Zorn, Philipp Das Staatsrecht des deutschen Reiches,
2. Aufl., 2 Bde., Berlin 1896-97

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

AS	Amtliche Sammlung von gerichtlichen Entscheidungen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Bd./S.)
Ann	Annalen des Deutschen Reiches für die Gesetzgebung und Volkswirtschaft (Jhr.)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Bd./S.)
ArbR	Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten (Jhr./S.)
BayrVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Jhr./S.)
BenshSlg	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, erschienen im Verlag J. Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig (Bd./S.)
BGHZ (St)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Strafsachen)
BJB	Beamten-Jahrbuch. Wissenschaftliche Monatsschrift für das Berufsbeamtentum (Jhr./S.)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (Jhr./S.)
DöD	Der öffentliche Dienst. Zeitschrift für die Ausbildung und Fortbildung der Dienstkräfte der öffentlichen Verwaltung in Hessen und Rheinland-Pfalz (Jhr./S.)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jhr./S.)
DRPfl	Der Deutsche Rechtspfleger (Jhr./S.)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jhr./S.)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (Jhr./S.)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Jhr./S.)
DV	Deutsche Verwaltung (Jhr./S.)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, früher Reichsverwaltungsblatt, von 1948 bis 1950 Deutsche Verwaltung (Jhr./S.)
FischersZ	Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, begr. von O. Fischer (Bd./S.)
GewA	Deutsches Gewerbe-Archiv, bis einschl. Bd. 34 Gewerbe-Archiv (Bd./S.)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. von C.S. Grünhut (Bd./S.)
HRR	Höchstgerichtliche Rechtsprechung (Jhr./S.)

JEG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Jhr./S.)
JGR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Bd./S.)
JR	Juristische Rundschau (Jhr./S.)
JZ	Juristenzeitung (Jhr./S.)
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Bd./S.)
KrVJSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Bd./S.)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jhr./S.)
OLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Bd./S.)
PrVBl	Preußisches Verwaltungsblatt. Wochenschrift für Verwaltungsrechtspflege in Preußen (Bd./S.)
"Recht"	Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand (Jhr./S.)
RGZ(St)	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Strafsachen)
SchlHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen. Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein (Jhr./S.)
StZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jhr./Sp.)
StDVO-SHG	Steuer-Durchführungsverordnung zum Soforthilfegesetz vom 8. August 1949 (BGBl I 214)
StriethorstA	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Preußischen Obertribunals gelangt sind, begr. von Th. Striethorst (Bd./S.)
StW	Steuer und Wirtschaft, Teil I: Abhandlungen (Jhr./S.), Teil II: Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes (Jhr./Nr.)
VerWA	Verwaltungsarchiv (Bd./S.)
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetze für Bayern (GVBl 1946, 281; 1949, 258) Württemberg-Baden (RegBl 1946, 221) und Hessen (GVBl 1946, 194), die mit geringen textlichen Abweichungen inhaltlich übereinstimmen.

VGVO	VO Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (Amtsblatt der MilReg 1948; 799; VOB1 BrZ 1948, 263)
WürttEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (Bd./S.)
ZJBl	Zentral-Justizblatt für die Britische Zone (Jhr./S.)
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Jhr./S.)
ZgesStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Bd./S.)
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht Bd./S.
ZZP	Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß (Bd./S.)

E i n l e i t u n g

Diese Studie soll sich vornehmlich mit den Hoheitsakten befassen, die im Gebiet der verwaltenden Tätigkeit der öffentlichen Gewalt ihren Platz haben, also den Akten des Verwaltungsrechts und des sogen. "klassischen" Bereichs der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Einige Autoren, insbesondere Vertreter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, neigen zwar dazu, die Gesamtheit ihrer Disziplin der Rechtsprechung zuzurechnen.¹⁾ Aber wenn die freiwillige Gerichtsbarkeit auch nach besonderem formellem und materiellem Recht zu arbeiten hat und sich ihre Rechtspflegeorgane von den Trägern der allgemeinen Verwaltung wesentlich durch ihre Unabhängigkeit unterscheiden, so handelt es sich doch überwiegend um eine materiell verwaltende Tätigkeit der Gerichte, so bei der Registerführung, im Vormundschaftsrecht, im Aufgebotsverfahren, in Nachlaßangelegenheiten u.a.m.,²⁾ die es rechtfertigt, beide Rechtsgebiete hier gemeinsam zu behandeln. Zur

-
- 1) Baur: Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, 513; Habscheid: Grundfragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRPfl 1957, 164; Bosch: Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP 149, 77.
 - 2) Bettermann: Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschr. für Fr. Lent, S. 17 ff.; Blomeyer: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß, Festschr. für J.W. Hedemann, S. 197 ff.; Bötticher: Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP 51 (1926), 208; Giese: BGG, 3. Aufl., Art. 92 Anm. II 1 (im Gegensatz zur 2. Aufl.); Klein-Engel: Der Zivilprozeß Oesterreichs, S. 56; Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 10; v. Mangoldt: BBG, Anm. 3 a vor Art. 92; Müller-Tochtermann: Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, DRiZ 1956, 4; Münzel: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66 (1953), 368, 380 ff.; Referenten-Denkschrift des Bundesjustizministeriums, S. 9 f.; Rosenberg: ZPR, § 10 II (S. 33); Wolff: Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", MDR 1951, 68 f.; Fers.: VR I § 19 I b 3.

1. Abschnitt

Die Mitwirkung der Zivilperson

1. Kapitel

Die Formen der Mitwirkung

§ 1 Problemstellung

Es gibt verschiedene Formen der Mitwirkung einer Zivilperson ¹⁾ an dem Erlaß hoheitlicher Akte. Die Zivilperson kann

- a) eine Anregung geben (§ 2),
- b) durch ihren Antrag ein Verfahren einleiten, das zu dem Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes führt (§ 3),
- c) ihre Zustimmung zu einem Verwaltungsakt erteilen oder sich einem Verwaltungsakt unterwerfen, wenn das Gesetz die Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsaktes auch von der Zustimmung oder die Rechtmäßigkeit auch von der Unterwerfung der betroffenen Zivilperson abhängig gemacht hat; Zustimmung oder Unterwerfung können idR auch in einem Antrag erklärt werden.

Da es sich nur in dem letzten Falle (c) um "mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte" handelt, ²⁾ gilt es, die Anträge von den Anregungen und unter den Anträgen die eine Zustimmung oder Unterwerfung implizierenden von den schlichten Anträgen des Verfahrensrechts zu unterscheiden.

§ 2 Anregungen im Amtsverfahren

Im Gegensatz zum Prozeßrecht, das die Einleitung eines Verfahrens und die Bestimmung des Prozeßgegenstandes den Parteien überläßt (Dispositionsmaxime), sehen das

1) Ausdruck nach Wolff: VR I § 32 III 2 c.

2) Siehe unten II. Abschnitt.

Rechtsprechung gehören lediglich die vom "klassischen" Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit streng zu unterscheidenden sogen. "echten Streit-sachen", bei denen zwei Parteien ihren Streit um ein subjektives Recht vor dem Richter austragen; denn das Wesen der Rechtsprechung ist die Streit-entscheidung durch einen unbeteiligten Dritten.¹⁾ Ein Akt staatlicher Verwaltung ist auch die Ertei-lung gewerblicher Schutzrechte durch die Gerichte oder das Patentamt, weil im Erteilungsverfahren noch kein Streit entschieden wird.²⁾

-
- 1) Friesenhahn: Über Begriff und Arten der Recht-sprechung, Festschr. für R. Thoma, S. 27; Referenten-Denkschrift, S. 9; Wolff: Voraussetzun-gen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", MDR 1951, 69; ders.: VR I 19 I b 3.
 - 2) Bosch: Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbar-keit, AcP 149, 36; Friesenhahn: Über Begriff und Arten der Recht-sprechung, Festschr. für R. Thoma, S. 28; Referenten-Denkschrift, S. 10; Ule: Bundes-sondergerichte? DVBl 1953, 397; a.A. Maunz: Staatsrecht, S. 180.

abgelegten Akten zu verschwinden, besonders wenn sie nicht von Behörden oder sonstigen ernst zu nehmenden Personen ausgehen. Eine Ausnahme bildet hier eine Anregung an das Grundbuchamt, ein Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen im Grundbuch nach §§ 84, 85 GBO einzuleiten. Es liegt im Ermessen des Grundbuchrichters, ob er das Verfahren eröffnen will; aber wenn er von einer Einleitung absieht, hat er das dem Anregenden unter Angabe von Gründen mitzuteilen.

§ 3 Anträge im Antragsverfahren.

- I. Für echte Anträge ist nur da Raum, wo das öffentliche Interesse hinter dem Privatinteresse zurückbleibt und das Gesetz daher ausdrücklich oder konkludent¹⁾ das Antragsverfahren voraussetzt.

Bestritten ist im Schrifttum die Frage nach den abgrenzenden Kriterien des Antrags- und Amtsverfahrens, denn der Gesetzgeber hat den Anträgen nicht immer gleiche Bedeutung zuerkannt: Während zB § 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Verschollenheitsrechtes vom 15.1.1951 (BGBl. I, S. 59) dem Gericht die freie Bestimmung des Todeszeitpunktes nur dann überläßt, wenn kein entsprechender Antrag gestellt worden ist, kann nach §§ 57, 65 JWG das Vormundschaftsgericht den gestellten

1) Bei der Bestätigung der Annahme an Kindes Statt (§§ 1741 ff. BGB) und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften (§§ 1793 ff. BGB) schweigt das Gesetz, doch bejaht die h. M. hier das Antragserfordernis, da diese Entscheidungen "ihrer Natur nach" nicht ohne Antrag ergehen; Breit: Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ZBlFG 4, 389 (475); Josef: Inwiefern bedürfen Anträge und Erklärungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Unterschrift der Beteiligten? ZBlFG 5, 817 ff.; Schlegelberger: FGG, § 18 Anm. 23. Auch die Mehrzahl der Beamtengesetze setzt stillschweigend ein Antragsverfahren voraus; § 8 BBG nennt den Kandidaten "Bewerber" und weist damit auf eine vorhergehende Bewerbung = Antrag hin.

Verwaltungsrecht und der "klassische" Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Amtsverfahren als Regel vor, da das überwiegende öffentliche Interesse hier ein selbständiges Eingriffsrecht für ihre je obrigkeitliche oder fürsorgende Tätigkeit verlangt. Ihre Träger werden daher auch ohne Klageerhebung oder Antragstellung tätig, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Eingreifen als gegeben erachten. Oft werden auch in den dem Amtsverfahren vorbehaltenen Gebieten "Anträge" gestellt: Ein Kraftfahrer, der beim Befahren einer Landstraße durch herabhängende Zweige behindert worden ist, stellt bei der zuständigen Polizeibehörde den "Antrag", den Wegeunterhaltungspflichtigen zum Absägen der hindernden Äste zu veranlassen; der Gegenvormund "beantragt" beim Vormundschaftsgericht, gegen den gesetzlichen Vertreter wegen pflichtwidrigen Verhaltens einzuschreiten oder den Vormund aus einem der in § 1886 BGB bezeichneten Gründe zu entlassen. Hier handelt es sich nicht um echte Anträge, sondern um bloße Wünsche, Anregungen, Anzeigen,¹⁾ da der Gesetzgeber schon durch die Officialmaxime eine Eintrittspflicht der zuständigen Organe begründet hat (zB § 14 PVG, § 1886 BGB, § 152 II StPO). Auch die Dienstaufsichtsbeschwerde ist nichts anderes als eine Anregung an die Aufsichtsbehörde, einen ergangenen Verwaltungsakt zu überprüfen.²⁾

Es besteht daher auch keine Reaktionspflicht der Behörden,³⁾ so daß es das Schicksal vieler solcher Eingaben ist, in den

1) Baur: Freiwillige Gerichtsbarkeit I, S. 212; Schlegelberger: FGG, § 57 Anm. 14; Siméon-David: Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, S. 83.

2) Bayer. VGH vom 7.2.1952, BBmstr. 1952, 234.

3) § 180 II 20 ALR, der die Staatsbeamten verpflichtete, alle in amtlichen Angelegenheiten Rat und Hilfe suchenden Zivilpersonen persönlich zu hören und auf schleunige Untersuchung und Abhilfe begründeter Beschwerden bedacht zu sein, ist durch Einführungsgesetz zum Preuß.St.GB vom 14. April 1851 (GS. S. 93) aufgehoben worden.

Ermittlungen selbst vorzunehmen (§ 12 FGG). Ist ein Antrag gestellt worden, so wird der Grundsatz der Amtsermittlung in vollem Umfang wirksam, ohne daß der Antragsteller - mit Ausnahme der Antragsrücknahme - von Rechts wegen Einfluß darauf nehmen, etwa bestimmte, für die Entscheidung möglicherweise wesentliche Tatsachen von der Ermittlung ausschließen könnte.¹⁾

Die o.a. Vertreter der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben richtig erkannt, daß zwischen den Anträgen mit der von ihnen sogenannten "materiell-rechtlichen Funktion" und den Anträgen, die nur ein Verfahren einleiten sollen, ein gewichtiger Unterschied besteht; doch ist ihnen dabei eine Verwechslung mit der Frage unterlaufen, ob ein vom Gesetz als Verfahrenseinleitung vorgesehener Antrag sich in dieser seiner vordergründigsten Aufgabe erschöpft, oder ob er darüber hinaus auch Einfluß auf die rechtliche Wirksamkeit des erstrebten hoheitlichen Aktes nehmen kann und will. Das letztere ist dann aber keine Frage des Verfahrens mehr. Ein Antragsverfahren liegt daher stets dann, wenn das Gesetz den Antrag als von außen kommenden Verfahrensanstoß ausdrücklich oder konkludent vorgesehen hat.

Der Antrag fällt damit unter den im Prozeßrecht entwickelten Begriff der "Erwirkungshandlungen"²⁾, die dazu bestimmt sind, durch psychische Einwirkung auf das angegangene Gericht oder die Verwaltungsbehörde die gewünschte Entscheidung herbeizuführen. Antrag und Verwaltungsakt (Urteil) stehen in einem vom

1) Baur: Freiwillige Gerichtsbarkeit I, S. 164, 184; Carlebach: FGG, § 12 Anm. 1. In einigen wenigen Fällen gibt das Gesetz dem Antragsteller die Beschaffung gewisser Unterlagen des Antrags auf oder ermächtigt den Richter, solche zu verlangen, so zB §§ 87, 154 FGG; §§ 2354 - 2356 BGB.

2) Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage, S. 364.

Antrag übergehen und im Amtsverfahren die notwendigen Maßnahmen gegen gefährdete Jugendliche treffen, wenn es das für sachdienlich hält. Nach § 56 FGG "soll" die Volljährigkeitserklärung nur auf Antrag erfolgen, wohingegen § 18 Halbs. 2 FGG und § 93 Halbs. 2 RAO sogar Verwaltungsakte kennen, die nur auf Antrag erlassen werden "können".

Lediglich den Hoheitsakten, die nur auf Antrag erlassen werden "können", erkennen einige Vertreter der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Rang, zu, Gegenstand eines Antragsverfahrens sein zu können, da der Antrag hier ein "materiell-rechtliches Erfordernis" sei, dh, sein Fehlen Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des hoheitlichen Aktes habe.¹⁾ Alle anderen Anträge, ob vom Gesetzgeber vorgeesehen oder nicht, seien nur "Anregungen" an die Behörden zu hoheitlichen Tätigkeiten, die auch von Amts wegen vorgenommen werden könnten.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber mit dem Antragserfordernis die "Zuständigkeit" zur Einleitung eines Verfahrens auf bestimmte Zivilpersonen allein - oder im Falle der §§ 57, 65 FGG neben dem Träger der öffentlichen Gewalt - übertragen hat, und dieser dann verpflichtet ist, auf den Antrag hin auch tätig zu werden (Reaktionspflicht). Er kann den Antrag als unbegründet, wenn nicht als unzulässig verwerfen; er kann ihn jedoch nicht in seiner Funktion als Verfahrenseinleitung ignorieren. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein hoheitlicher Akt nur auf Antrag erlassen werden "kann" oder nur "soll" oder ob die Behörde das Verfahrensziel auch unter Überleitung in das Amtsverfahren in eigener Initiative verfolgen kann.

Für die hier vertretene Meinung spricht auch die Durchführung des Amts- und Antragsverfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Gericht hat in jedem Falle die zur Feststellung der Entscheidungsgrundlagen erforderlichen

1) Keidel: FGG, § 18 Anm. 5; Schlegelberger: FGG, § 56 Anm. 2.

diese Zustimmung vor Erlass des Verwaltungsakts in der Form eines Antrags erklärt werden kann oder nur als nachträgliche Genehmigung.

Auf der anderen Seite hat O. Mayer die Bedeutung des Antrags als Aufforderung an die Behörde, hoheitlich tätig zu werden, vernachlässigt und ganz auf das zweite Moment, die Zustimmung abgestellt. Er spricht deshalb auch selten von einem Antrag, sondern nur von der Einwilligung des Betroffenen in einen Verwaltungsakt. Für ihn bedarf es keines Verfahrensanknüpfes der Untergebenen; die Obrigkeit kann tätig werden, wann es ihren Zielen dienlich erscheint,¹⁾ bedarf aber der Einwilligung des Betroffenen zu belastenden Eingriffen, wenn es an der gesetzlichen Ermächtigung zum selbständigen Handeln fehlt.²⁾

b) Richtiger Ansicht nach haben wir zwei Arten von Anträgen zu unterscheiden, nämlich

- 1) Anträge als bloße Verfahrenseinleitung, deren Fehlen oder Nichtigkeit auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswirksamkeit des trotzdem ergangenen Verwaltungsaktes keinen Einfluß hat (schlichte Anträge), und
- 2) solche Anträge, in denen auch die vom Gesetzgeber vielfach noch zusätzlich geforderte Einwilligung in Inhalt und Umfang des hoheitlichen Aktes enthalten ist (qualifizierte Anträge).

Zus. 1) Die Anträge als bloße Verfahrenseinleitung sind auch vom Gesetzgeber als solche gekennzeichnet worden;

aa) Nach § 16 des VerschG "wird das Aufgebotsverfahren nur auf Antrag eingeleitet". Ist eine Privat-

- 1) O. Mayer: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR 3, S. 1 ff.; ders.: VR I, S. 92 ff. In diesem Sinne äußert sich auch Laband: Staatsrecht II, S. 178, 191.
- 2) Mayer: VR I, S. 98, 101; vgl. auch unten S. 66 ff

Gesetz gewollten Verhältnis von Ursache und Wirkung. Die verlangte Amtshandlung ist der Zweck des Antrags.¹⁾

Darin liegt auch der Unterschied zum rechtlichen Gehör, das allgemein ein passives Verhalten der Behörden, ein Gewährenlassen, verlangt; denn unter rechtlichem Gehör versteht man das Recht der Beteiligten, "gehört zu werden mit Angriff und Verteidigung und zu hören, was die Gegner vorbringen"²⁾. Es wird ein bereits begonnenes Verfahren vorausgesetzt, während die Anträge idR ein Verfahren einleiten oder einem laufenden Verfahren neue Impulse von Seiten der beteiligten Zivilpersonen geben wollen. Anträge beinhalten ein aktives Verhalten des Antragstellers; das rechtliche Gehör umfaßt neben aktivem Verhalten³⁾ auch Passivität, lediglich ein Anwesendsein oder Unterrichtetwerden, wenn der Gegner im Verfahren etwas Rechtserhebliches unternimmt.

- II a) Manche Autoren sehen in dem Antrag nur das Mittel der Verfahrenseinleitung, weil sie annehmen, daß er sich nur auf ein tatsächliches Verhalten der angesprochenen Behörde beziehe. Entscheidend für die Gestaltung des gewünschten Rechtsverhältnisses sei allein der Verwaltungsakt.⁴⁾ Von den Anträgen unterscheidet Apelt, Vertrag, S. 70, die Zustimmung zu Verwaltungsakten, deren Rechtswirksamkeit von der Einwilligung des Betroffenen abhängt, wie zu der Verleihung der Staatsangehörigkeit und der Anstellung der Beamten im Staatsdienst, ohne aber ~~erkennen~~ zu lassen, ob

1) Die ZPO nennt die Anträge, über die ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, meist "Gesuche", ohne aber an ihrer Funktion als von außen kommenden Verfahrensanstoß etwas ändern zu wollen.
 2) Dyroff: Bayr. VGG, S. 588.
 3) ZB durch Antragstellung.
 4) Brand-Schnitzler: Grundbuchsachen, S. 77; Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 189 ff.; Goldschmidt: ZPR, S. 210; Henke-Mönch-Horber: GBO, § 13 Anm. 3A; Güthe-Triebel: GBO, § 13 Anm. 11; Nikisch: ZPR, S. 209; Rosenberg: ZPR, S. 255; Schönke-Schröder-Niese: ZPR, S. 154; Westermann in Erman: BGB, § 59 Anm. 1.

stimmungsakt z w i n g e n d vorgeschrieben;
so für die Anträge von antragsberechtigten Personen in öffentlichen Vertretungskörperschaften. Hier kann sich der antragstellende Abgeordnete nicht darauf berufen, daß seine Zustimmung schon in dem Antrag enthalten sei, seine Stimme bei der nachfolgenden Abstimmung also ohne weiteres den Ja-Stimmen zugerechnet werden müsse.

Auch die Anträge anderer antragsberechtigter Personen oder Organe, wie die der Bundesregierung nach Art. 42 I, 76 I BGG und der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen nach Art. 42, 65 LV von NW, enthalten lediglich Aufforderungen, einen bestimmten Beschluß zu fassen. Anders ist es nur, wenn einzelne Verfassungsgesetze festgelegt haben, daß gewisse Beschlüsse der Vertretungskörperschaften zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit noch der besonderen Zustimmung dieser Personen oder Organe bedürfen. ZB sieht Art. 113 GG vor, daß Beschlüsse des Bundesrates und Bundestages, welche die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Ausgaben des Haushaltsplanes erhöhen oder neue Ausgaben in sich schließen, der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen.¹⁾ Eine ähnliche Regelung enthält die Landesverfassung von Rhld-Pfalz vom 18. Mai 1947 in Art. 118. Bringt die Bundesregierung selbst oder die Landesregierung von Rhld-Pfalz den Entwurf eines Gesetzes, das höhere Ausgaben vorsieht, in den Bundestag oder den Landtag ein, so impliziert der Antrag, das Gesetz zu verabschieden, auch die Zustimmung zu dem beantragten Inhalt. Sie braucht nicht noch zusätzlich erklärt zu werden, weil damit dem Zweck der genannten Verfassungsbestimmungen, nämlich der Ausgabefreudigkeit der gesetzgebenden Körperschaften durch

1) Zu Art. 113 GG vgl. Klein: Senkung der Hauhaalts-einnahmen des Bundes durch Beschlüsse des BT und des BR ohne Zustimmung der BReg? StW 1950, 761 ff.; Höpker-Aschoff: Das Finanz- und Steuerwesen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75, 309; Wacke: Das Finanzwesen in der Bundesrepublik, DRZ 1950, Beih. 13, 88.

person verschollen, so besteht oft ein dringendes öffentliches Interesse an der Klarstellung eigentumsrechtlicher Verhältnisse, so daß es dem Gesetzgeber ratsam erschien, den durch die Todeserklärung unmittelbar berührten Personen lediglich den Verfahrensanstoß zu überlassen, ihnen aber das Zustimmungsrecht zum Inhalt der Entscheidung zu versagen.¹⁾ § 16 beschränkt den Antrag daher ausdrücklich auf die Verfahrenseinleitung; ebenso § 14 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVerfG),²⁾ § 103 KO und § 2 VerglO. Der Unterschied zu dem Antrag mit implizierter Zustimmung zeigt sich deutlich in der Gegenüberstellung mit § 645 Abs. 2 ZPO: "Der B e s c h l u ß (im Entmündigungsverfahren) wird nur auf Antrag erlassen." und § 189 Abs. 1 BEG: "Entschädigung wird nur auf Antrag gewährt."

bb) In einigen Fällen läßt das Gesetz die Wahl zwischen Antrags- und Amtsverfahren: Nach §§ 57, 65 JWG ist es dem Vormundschaftsgericht überlassen, ob es Schutzaufsicht oder Fürsorgeerziehung für gefährdete Jugendliche auf Antrag anordnen oder das Verfahrensziel im Amtsverfahren erreichen will. Nach § 41 VGVO beschließt das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen über die Beiladung dritter Personen, deren rechtliche Interessen durch die zu erwartende Entscheidung berührt werden. Nach § 87 Abs. 4 RAO kann die Nachsicht wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist auch ohne Antrag gewährt werden.³⁾

Wird ein Antrag nach den genannten Vorschriften gestellt, so beschränkt sich seine Wirkung auf die Verfahrenseinleitung, nicht wird auch die Zustimmung vom Gesetzgeber verlangt, da er den jeweiligen Träger der öffentlichen Verwaltung ermächtigt hat, ein Verfahren auch von Amts wegen einzuleiten und über den Verfahrensgegenstand zu entscheiden.

cc) In anderen Fällen hat das Gesetz einen besonderen Zu-

1) Wegen des öffentlichen Interesses hat auch der Staatsanwalt das Antragsrecht, § 16 Abs. 2 Ziff. a VerschG.

2) Im Anschluß an § 14 der außer Kraft gesetzten LwVerfO.

3) So auch § 67 Abs. 2 S. 4 SozGG.

diese Bestimmung zu einer Ordnungsvorschrift abgeschwächt (Prot. IV 389). Für die Volljährigkeitserklärung verlangt § 4 BGB auch die Zustimmung des Minderjährigen. Wenn also § 56 FGG bestimmt, daß die Volljährigkeitserklärung nur auf Antrag des Minderjährigen oder seines gesetzlichen Vertreters erfolgen "soll", so liegt eine bloße Verfahrenseinleitung nur in dem Antrag des gesetzlichen Vertreters, nicht des Minderjährigen, denn das Erfordernis seiner Einwilligung ist in dem durch ihn gestellten Antrag erfüllt.¹⁾ Ferner ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften zu erwähnen; hier schweigt das Gesetz über das Antragserfordernis, doch nimmt die h.M. an, daß Anträge auch nur gestellt werden "sollen".²⁾

ee) Auch einer Reihe von Anträgen im förmlichen Prozeßverfahren ist vom Gesetzgeber nur die mindere Bedeutung eines Verfahrensanstoßes oder besser - weil es sich hier um Anträge innerhalb eines bereits laufenden Verfahrens handelt - eines Impulses zur weiteren Verfahrensentwicklung zugestanden worden. Es sind dies die reinen Prozeßanträge, die nur das Verfahren betreffen, wie der Antrag auf Erlaß eines Beweisbeschlusses, auf Anberaumung eines Verhandlungstermins oder auf Gewährung von Vollstreckungsnachlaß. Ihnen gegenüber stehen die Sachanträge, die sich auf Inhalt, Umfang und Wirkung der sachlichen Entscheidung beziehen, zB der Klagantrag, der Rechtsmittelantrag, der Antrag auf Erlangung der Vollstreckbarkeit. Nur bei den Sachanträgen ist auch die Zustimmung impliziert, denn nur für sie gilt auch die Vorschrift des § 308 ZPO, wonach das

1) Oertmann: BGB, § 3 Anm. 2 b; RGRKomm.: BGB, § 4 Anm. 1

2) Breit: Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ZBlFG 4, 389 (475); Josef: Inwiefern bedürfen Anträge und Erklärungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Unterschrift der Beteiligten? ZBlFG 5, 817 ff.; Schlegelberger: FGG, § 18 Anm. 23.

die Zustimmung der für die Ausführung verantwortlichen Exekutive einen gewissen Riegel vorzuschieben, ¹⁾ genüge getan ist. Art. 113 GG und Art. 118 LV von Rhld-Pfalz verlangen also nicht zwingend einen gesonderten Zustimmungsakt.

dd) Andere Rechtssätze sehen vor, daß bestimmte Hoheitsakte nur auf Antrag erlassen werden "sollen". Hier wird durch die Sollvorschrift ausgedrückt, daß es sich bei dem Antrag nur um eine Ordnungsvoraussetzung handelt, deren Fehlen auf die Rechtmäßigkeit und Vollständigkeit des zu beantragenden hoheitlichen Aktes keinen Einfluß hat. ²⁾ Beispiele von Sollvorschriften enthalten § 13 GBO für die Eintragung in das Grundbuch, § 156o BGB für die Eintragung in das Güterrechtsregister, § 23 SchiffsRegO vom 26. Mai 1951 (BGBl. I 360) für die Eintragung von Binnenschiffen in das Schiffsregister, § 56 FGG für die Volljährigkeitserklärung eines Minderjährigen.

Bei der Übertragung und Belastung von Grundeigentum kommt es für die materielle Rechtsänderung lediglich darauf an, daß die Einigung vorliegt und die Eintragung erfolgt; der Eintragungsantrag ist keine Bedingung der Rechtsänderung. Eine entsprechende Regelung enthält § 3 des Gesetzes über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15. November 1940 (RGBl. I 1499). Güterrechtliche Rechtsänderungen erhalten Rechtswirksamkeit schon durch die (formgebundene) Einigung der Ehegatten; die Eintragung im Güterrechtsregister soll den Ehegatten nur die Möglichkeit verschaffen, sich gegen die an den guten Glauben Dritter geknüpften Nachteile zu sichern. Nach Entwurf I zum BGB sollte der Antrag ein wesentliches Erfordernis der Eintragung, die ohne Antrag erfolgte Eintragung daher unwirksam sein (Mot. IV 557). Durch Beschluß der II. Komm. wurde

-
- 1) In diesem Sinne haben sich auch die Abgeordneten Binder und Höpker-Aschoff im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates geäußert; vgl. Sten. Prot. S. 182-185.
2) Carlebach: FGG, § 56 Anm. 1; Keidel: FGG, § 56 Anm. 2 a; Oertmann: BGB, § 3 Anm. 2 b; RGRKomm.: BGB, § 3 Anm. 1; Schlegelberger: FGG, § 56 Anm. 2.

Das unterliegt bei den belastenden sowie den sog. gemischten Verwaltungsakten, dh denen, die sowohl belasten als auch berechtigen, keinem Zweifel, weil die Behörde zum eigenmächtigen Erlaß solcher Verwaltungsakte sonst einer weitergehenden gesetzlichen Ermächtigung nach dem Grundsatz der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung bedürfte. Zu Fragen könnten jedoch die rein begünstigenden Verwaltungsakte Anlaß geben, wie Erlaubnisse, Dispense sowie Konzessionen, die nicht mit einer Abgabepflicht verbunden sind. Ist hier überhaupt eine Zustimmung notwendig, da der Berechtigte sich doch seines Rechtes gar nicht zu bedienen braucht, wenn er es nicht haben will?

Die Antwort kann nur bejahend ausfallen, da das deutsche Recht beherrscht wird von dem sogen. "selbstverantwortlichen, individualistischen Rechtserwerb" im Gegensatz zum gemeinwirtschaftlichen (sozialistischen oder kommunistischen) Erwerbsgrundsatz, nach welchem jedem einzelnen sein Anteil an Rechten und Pflichten zugewiesen wird.¹⁾ Niemandem kann durch Rechtsgeschäft das Eigentum an einer Sache übertragen werden, der es nicht will. Auch der Erwerb von Todes wegen macht hiervon keine Ausnahme, da dem Erben immer noch die Möglichkeit der Ausschlagung bleibt. Er wird dann so behandelt, als ob er niemals Eigentümer gewesen wäre. Beim Vertrag zugunsten Dritter bewirkt die Zurückweisung durch den Dritten, daß das Recht als nicht erworben gilt (§ 333 BGB).²⁾ Für das Gebiet der vermögensrechtlichen Geschäfte ist der selbstverantwortliche Erwerbsgrundsatz allgemein anerkannt.³⁾ Er gilt auch für die hoheitlichen Beziehungen zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen; denn die ein-

1) Lehmann: Allgemeiner Teil, S. 119.

2) Ebenso § 882 Abs. 1 S. 1 österr. ABGB; vgl. auch § 179 Abs. 3 VVG.

3) Lehmann, aaO; RGRKomm.: BGB, § 333 Anm. 1.

Gericht nicht befugt ist, einer Partei mehr oder etwas anderes zuzusprechen, als sie beantragt hat.¹⁾ Ein Verstoß gegen § 308 ZPO betrifft den Inhalt der Entscheidung, nicht das Verfahren und ist daher im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen zu beachten.²⁾

- 2) aa) Daß der Gesetzgeber bei der Anordnung eines Antragsverfahrens oft auch die Zustimmung zu Inhalt und Umfang des von der Zivilperson gewünschten Verwaltungsaktes verlangt und diese Zustimmung in dem gestellten Antrag impliziert sieht, zeigt ein Blick auf die Rechtsfolgen, wenn solche Verwaltungsakte ohne Antrag erlassen werden. Die Rechtsordnung kennt Verwaltungsakte, die trotz fehlenden Antrags gültig und wirksam sind, so die Eintragungen in Grundbuch, Güterrechts- und Schiffsregister, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften oder die Volljährigkeitserklärung, während andere noch keine Rechtswirkungen für und gegen den Betroffenen äußern; sie sind schwebend unwirksam, und erst die nachträgliche Zustimmung macht sie voll wirksam, so die Beamtenernennung, die Einbürgerung, die Patenterteilung.³⁾ Bei den letzteren Verwaltungsakten können Antrag und nachträgliche Zustimmung aber nicht etwas Wesensverschiedenes sein, wenn sie beide dieselben Rechtswirkungen erzeugen. Vielmehr ist die Zustimmung ein Bestandteil des Antrags. Ein Antragsteller will mit seinem Antrag sowohl die Behörde auffordern, hoheitlich in seinem Sinne tätig zu werden, als auch seine Zustimmung zu dem gewünschten Verwaltungsakt erteilen. Immer aber ist die Zustimmung das rechtsbegründende Element.⁴⁾

-
- 1) Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien besteht in allen Verfahrensarten ~~des~~ Erkenntnisverfahrens, auch bei der einstweiligen Verfügung, § 938 ZPO, im Entmündigungsverfahren, § 645 ZPO, und in allen Instanzen, §§ 525, 536, 559 ZPO, ebenso im Verwaltungsgerichtsverfahren, § 74 VGVO, § 80 VGG, § 66 LVG von Rhld-Pfalz, § 123 SozGG.
- 2) RG in JW 1937, 3105; JW 1938, 1048.
- 3) Mit den verschiedenen Theorien zu diesem Punkt werden wir uns unten S. 87 ff. noch auseinanderzusetzen haben.
- 4) Es ist daher wohl theoretisch möglich, aber in der Praxis kaum denkbar, daß eine Zivilperson einen Antrag stellt, der nur eine Verfahrenseinleitung darstellt, und die Zustimmung gesondert erteilt.

2. K a p i t e l

Der Rechtscharakter der Anträge

§ 4 Problemstellung

Der Versuch einer juristischen Bestimmung von Sachverhalten des menschlichen Seins verführt verständlicherweise leicht dazu, nach gleichen oder ähnlichen Erscheinungsformen Ausschau zu halten, die bereits einer Systematisierung in bestimmte Tatbestände unserer Rechtsordnung unterzogen worden sind, um sie als Ausgangs- oder Markierungspunkte für die eigene Orientierung zu benutzen. In unserem Falle bietet sich dazu gleich der privatrechtliche Begriff des Vertragsantrages an, der unter den Oberbegriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen einzuordnen ist, da seine Rechtswirkungen im Verein mit einer entsprechenden Vertragsannahme eintreten, weil sie von dem Antragenden gewollt sind. In getreuer Nachbildung dieses privatrechtlichen Begriffs rechnet Kormann auch den Antrag des Verwaltungsrechts zu den "nichtamtlichen publizistischen Rechtsgeschäften", unter denen er alle Willenserklärungen von Zivilpersonen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts versteht.¹⁾

Ohne jetzt schon auf die Richtigkeit der Ansicht Kormanns einzugehen, wollen wir an Hand der drei Bestandteile seines Begriffes versuchen, den Rechtscharakter der Anträge zu erkennen. Mit dem Adjektiv "publizistisch" ist bereits der äußere Problemkreis angeschnitten, den es zu klären gilt: Gehört der Antrag, mit dem eine Zivilperson ein gesetzlich vorgesehenes Antragsverfahren einleitet, dem öffentlichen oder dem Privat-

1) Kormann: System, S. 21 f.; ders.: Grundzüge, Ann. 1912. S. 37.

schlägigen gesetzlichen Vorschriften verlangen für die rechtliche Wirksamkeit der Beamtenernennung (-entlassung) keine weitergehende Mitwirkung der betroffenen Zivilperson als für die Stundung einer öffentlich-rechtlichen Gebührenforderung, den Jahreslohnsteuerausgleich oder eine polizeiliche Erlaubnis: nämlich einen Antrag. Dieser muß daher auch in den letzten Fällen sowohl Aufforderung wie Zustimmung enthalten.¹⁾

Seine Rechtfertigung findet dieser Grundsatz darin, daß die Gemeinschaft dem Einzelnen nichts aufbürden oder gegen seinen Willen an Rechten verschaffen soll, was nicht auch der Gemeinschaft irgendwie nützt. Daher werden zB bei der Ernennung zum Schöffen, Vormund oder Ehrenbeamten Rechte übertragen, die der zu Ernennende übernehmen muß, wenn nicht gesetzlich vorgesehene Gründe ihn zur Verweigerung berechtigen; aber die mit dem Amte verbundenen Pflichten gegenüber der Allgemeinheit sind nicht minder groß.

bb) Beim "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" ist die Einwilligung des Betroffenen nicht, Wirksamkeitsbedingung, sondern gehört zum gesetzlichen Tatbestand. Ohne Einwilligung ist der "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" unrechtmäßig und bedarf der Aufhebung im Rechtsmittelverfahren, wenn er nicht mit Ablauf der Anfechtungsfrist unanfechtbar geltend werden soll. ZB kann nach § 35 des ErbschStG vom 16.12.1954 (BGBl. I 391) das Finanzamt auf Antrag des Erben von der genauen Ermittlung des Abgabebetrages absehen und die Steuer in einem Pauschbetrage festsetzen. Hier impliziert der Antrag des Erben auch seine Unterwerfung unter die Pauschalbesteuerung.²⁾

1) Nicht anders verhält es sich mit den Anträgen von Behörden an andere Behörden (sogen. originäre öffentlich-rechtliche Anträge). Ausnahmen ergeben sich dann, wenn auch übergeordnete Organe kraft Aufsichtsrechts an deren Stelle handeln können.

2) Siehe unten S. 140 ff.

angesichts der Gleichheit des Vorganges und Zweckes nicht richtig sein; ganz abgesehen davon, daß bei der Vielfalt der Interessen im Einzelfall oft sogar die Feststellung auf Schwierigkeiten stößt, ob der Gesetzgeber bei einer Regelung das öffentliche oder das private Interesse höher bewertet hat.

§ 6 Die Subjektstheorie.

Ebenso wenig ist die Subjektstheorie geeignet, unsere Frage zu beantworten. Diese Ansicht rechnet ein Rechtsverhältnis, an dem "ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher, dh die öffentliche Gewalt selbst" beteiligt ist, dem öffentlichen Rechte zu, alle anderen Fälle dem Privatrecht.¹⁾ Sie stellt auf das Rechtsverhältnis als Ganzes ab und kann daher nicht berücksichtigen, daß sich unter diesem komplexen Begriff hin und wieder auch Mischformen aus öffentlichem und privatem Recht verbergen,²⁾³⁾ so wie auch "innerhalb eines größeren, auf ein bestimmtes einheitliches Lebensverhältnis abgestellten Rechtsverhältnisses" wieder ~~eingere~~ Rechtsverhältnisse bestehen können.⁴⁾

- 1) Die Subjektstheorie wurde von O. Mayer aus dem französischen Recht übernommen; vgl. seine "Theorie des französischen Verwaltungsrechts" (1886), S. 153 ff. und 379. Ihre Hauptvertreter sind: Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 2, S. 170 ff.; Jacobi: Arbeitsrecht, S. 380; O. Mayer: VR I, S. 115 f.; Prazák: Die spezielle Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, AöR 4, 260 ff.; Richter: Das subjektive öffentliche Recht, AöR 8 nF, S. 3.
- 2) Darauf hat bereits Spiegel: Die Verwaltungswissenschaft, S. 148, hingewiesen.
- 3) Konsequenterweise leugnet daher O. Mayer auch, daß es "öffentlich-rechtliche Institute mit unmittelbarer privatrechtlicher Wirkung" gebe. Die Wirkung sei ein Teil des Rechtsinstitutes und könne nicht anderer Natur sein als dieses selbst. Ebenso Apelt: Vertrag, S. 132; Jacobi: Arbeitsrecht, S. 382; Lassar: Der Erstattungsanspruch, S. 57.
- 4) Molitor: Über öffentliches und Privatrecht, S. 53, unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Abgrenzung des Zurückbehaltungsrechts.

recht an? Mehrere Theorien ¹⁾ bemühen sich um eine Beantwortung dieser Frage.

5 Die Interessentheorie.

Nach der Interessentheorie, die auf Ulpian²⁾ zurückgeht und in der deutschen Rechtswissenschaft in Ihering³⁾ ihren bedeutendsten Vertreter gefunden hat, sind die Rechtsverhältnisse, die überwiegend die Interessen des Einzelnen angehen, dem Privatrecht zugehörig, während diejenigen, die überwiegend im öffentlichen Interesse liegen, dem öffentlichen Rechte zuzurechnen sind. Diese Ansicht kann aber nicht zu einer Klärung unseres Problems führen; denn wenn eine Zivilperson mit einem Antrag an ein Organ der öffentlichen Verwaltung herantritt, zB wegen einer polizeilichen Erlaubnis oder einer Eintragung in ein staatliches Register, so wird sie zwar in der Mehrzahl der Fälle eine ihrem Interesse entsprechende Handlung erstreben. Das ist aber nicht immer gegeben. So kann gem. § 78 BGB der Vorstand eines Vereins oder gem. § 82 GBO (§ 33 FGG) der Eigentümer eines Grundstücks auch durch staatliche Zwangsmittel angehalten werden, einen Antrag auf Berichtigung des Vereinsregisters oder des Grundbuchs als Folge inzwischen eingetretener Änderungen der materiellen Rechtslage zu stellen. Hier dürfte offensichtlich das öffentliche Interesse an der Wahrheit und Klarheit der staatlichen Register im Vordergrund stehen. Daß der Antrag im ersten Falle eine privatrechtliche, im letzteren eine öffentlich-rechtliche Willensäußerung sein soll, kann

1) Über die "Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht in der DDR" vgl. Erwin Jacobi, Festschr. für R. Smend, S. 145 ff.

2) Dig. 1,1,1: Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

3) Ihering: Geist des römischen Rechts, Bd. 3, § 61; ferner v. Savigny: System des römischen Rechts, Bd. 1, S. 22; Apelt: Vertrag, S. 129 ff.; Triepel: Der Konviktorienbeitrag, Festschr. für H. Brunner, S. 545.

Wenn aber schon einzelne Ausflüsse eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses nicht dem öffentlichen Rechte angehören, kann eine mehr auf globale Betrachtungen, auf die Hervorkehrung der "Schnittlinien der Rechts~~ver~~einrichtungen"¹⁾ bedachte Lehre wie die Subjektstheorie uns nicht weiterführen; denn der Antrag ist selbst nur ein einzelner Anknüpfungspunkt des zwischen dem Träger der öffentlichen Verwaltung und der Zivilperson bestehenden Rechtsverhältnisses, wenn ersterer einen entsprechenden Verwaltungsakt erlassen hat.

§ 7 Die Subjektionstheorie.

Der Grundgedanke der Subjekt~~ion~~stheorie, daß der **Träger** der öffentlichen Gewalt in dem Rechtsverhältnis als solcher auftreten müsse, wird von vielen Autoren noch dahin erweitert, daß die Behörde auch im Einzelfall der Zivilperson im Willen übergeordnet sein müsse, also ein Subjektionsverhältnis bestehe. Daher der Name Subjektions- oder Mehrwerttheorie²⁾, die z.Zt. die herrschende ist.³⁾ Nach ihr gelangt, abgesehen von dem allgemeinen Unterwerfungsverhältnis des Staatsbürgers, ein solcher Mehrwert des hoheitlichen Willens erst dann zur Wirksamkeit, wenn eine bestimmte Behörde zu einer Zivilperson in Beziehung tritt.

Muß aber schon zweifelhaft sein, ob eine von der Zivilperson durch den Antrag vorgenommene Anbahnung eines Subjektionsverhältnisses schon die gleichen Wirkungen äußert wie dieses selbst, so hängt seine Entstehung darüber hinaus noch davon ab, ob die angegangene Behörde auch hoheitlich tätig werden will,

-
- 1) Spiegel: Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 148.
 - 2) Erstere Bezeichnung von Schelcher: Justiz und Verwaltung, S. 167, letztere von Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 82.
 - 3) Friedrichs: Der Allgemeine Teil des Rechts, S. 5; Hatschek: VR, S. 15; Gg. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, S. 371; v. Köhler: VR, S. 24; Laforet: VR, S. 13; Rosenberg: ZPR, S. 5, BGH vom 10.7.1954. BGHZ 14, 277

bis hinab zum einfachen Anspruch.¹⁾ Bei dem Versuch einer exakten und vollständigen juristischen Bestimmung ergeben sich Schwierigkeiten gleich in solchen Fällen, bei denen aus einem nach der Subjektstheorie öffentlich-rechtlichen Verhältnis privatrechtliche Berechtigungen oder Ansprüche gefolgert werden, auch wenn diese sich nicht immer gegen das beteiligte Organ der öffentlichen Verwaltung richten. Stellt zB eine Zivilperson bei der zuständigen Behörde den Antrag, einen sogen. Interessentenweg²⁾ durch öffentlich-rechtliche Widmung für den allgemeinen Verkehr zu bestimmen, so erwächst ihr durch die Widmung das "Recht"³⁾, - wie auch allen übrigen Verkehrsteilnehmern - den Weg zu benutzen und bei einer widerrechtlichen Störung gegen jedermann vor den ordentlichen Gerichten die privatrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung oder Schadenersatz geltend zu machen. Einem bei Schneeglätte verunglückten Passanten stehen privatrechtliche Ansprüche gegen den Hauseigentümer zu, der seiner kraft öffentlichen Rechts bestehenden Streupflicht nicht nachgekommen ist.⁴⁾ Aus dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung, dem Enteignungsbeschluß der Verleihung des Bergbaurechts, der Patenterteilung usw entstehen private Rechte.⁵⁾ Ebenso bleiben die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Bezug auf die Abschöpfung der Lohnsteuer privatrechtlich, obwohl der Arbeitgeber damit einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nachkommt.⁶⁾

1) Wolff: VR I § 32 V.

2) ZB ein Leinpfad an einem schiffbaren Wasserlauf oder ein sonstiger Wirtschaftsweg, der rechtlich nicht jedermann zum Gebrauch offensteht; Germershausen: Wegerecht I, S. 22 f.

3) Dieses "Recht" ist kein subjektives öffentliches Recht iS, sondern eine Berechtigung, die die Grundlage für Ansprüche gegen den jeweiligen Störer bildet; Wolff: VR I § 43 I a 2; ders.: Der Abwendungsanspruch, S. 126. Dagegen gewähren das österreichische und das französische Recht ein subjektives öffentliches Recht; vgl. Tezner: Das österr. Administrativverfahren, S. 630; Jèze: Das Verwaltungsrecht der französischen Republik S. 256.

4) Fleiner: Institutionen, S. 59 Note 34.

5) Kormann: Gründzüge, Ann. 1912, 36; Meyer-Dochow: VR, S. 53.

6) Ipsen: Gesetzl. Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festg. für E. Kaufmann, S. 159.

Privatrecht nicht fremd, wie zB die Mahnung oder das Verlangen des Betriebsrates an den Arbeitgeber, einen bestimmten Arbeiter zu entlassen oder von einer beabsichtigten Entlassung abzusehen.

§ 9 Die Rechtssatztheorie.

Demgegenüber sieht Wolff: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76, 205 ff.,¹⁾ das entscheidende Merkmal in der Art der Rechtssätze, die einmal jede beliebige Rechtsperson als Zurechnungs- bzw. Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten bestimmen können oder diese nur den Trägern der öffentlichen Gewalt oder ihren Organen vorbehalten.²⁾ Es kommt nach Wolffs Ansicht also darauf an, auf welchen Rechtssatz eine Verpflichtung oder ein Anspruch gestützt werden kann.³⁾ Gestattet der Rechtssatz jeder Privatperson, sich einer anderen Privatperson gegenüber auf ihn zu berufen, so seien Anspruch oder Verpflichtung dem Privatrecht zugehörig, während umgekehrt die einem Organ der hoheitlichen Verwaltung oder auch einem Privatrechtssubjekt zuzurechnende Willenserklärung sowie ein von ihnen oder gegen sie geltendgemachter Anspruch dann und nur dann öffentlich-rechtlich seien, wenn eine derartige Willenserklärung einer Privatperson nicht zugerechnet bzw ein derartiger Anspruch von oder gegen eine Zivilperson nicht geltendgemacht werden könnte (S. 216).

1) Ferner Wolff in AöR 76, 249; ders.: Anm. zum Urteil des BGH vom 26.3.1953, JZ 1953, 552; ders.: VR I § 22; Schallenberg: Die Widmung, S. 70.

2) AAO S. 208. Auch Menger, Rechtsschutz, S. 72, weist auf diesen Sonderrechtscharakter des öffentlichen Rechts hin.

3) Wenn Jentsch, Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, 299, dem entgegenhält, daß es damit für den Gesetzgeber nur eine politische Frage sei, ob er diese oder jene Rechtsform wählt, so sieht er die von Wolff vertretene Auffassung am besten in der Entwicklung des modernen Arbeits- und Sozialrechts bestätigt, das vom Gesetzgeber immer stärker mit öffentlichem Recht durchsetzt wird.

da sie ja nach deutscher Auffassung - im Gegensatz zB zum französischen Recht - "sich beliebig unter Abstraktion von ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger am Rechtsverkehr beteiligen kann"¹⁾. Molitor führt dieses Argument zwar gegen die Subjektstheorie an. Es muß jedoch gegen die auch von ihm vertretene Subjektionstheorie in gleichem Maße gelten; denn wenn die öffentliche Verwaltung mit den Mitteln des Privatrechts ihre Ziele zu erreichen sucht, tritt sie weder als Träger öffentlicher Gewalt auf, noch nimmt sie einen juristischen Mehrwert ihres Willens in Anspruch. Ob der Antrag einer Zivilperson dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzurechnen ist, kann aber nicht von der jeweiligen Reaktion der angegangenen Behörde abhängig sein.

8 Die Rechtsformentheorie.

Eine neuere Theorie glaubt, das Kriterium für die Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Rechte in der Verschiedenheit der für jedes Rechtsgebiet typischen Rechtsformen gefunden zu haben.²⁾ Im öffentlichen Recht werde die Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch den einseitigen Befehl der hoheitlichen Gewalt ohne Zutun der übrigen Beteiligten vorgenommen, während das Privatrecht die übereinstimmenden Willenserklärungen der Partner, den Vertrag, bereithalte.

Der Antrag ist jedoch für keines der beiden Rechtsgebiete typisch. Er kommt als Vertragsantrag sowohl im öffentlichen als auch im Privatrecht vor. Er ist als Aufforderung zur einseitigen Gestaltung im öffentlichen Recht die häufigste Erscheinungsform, aber auch dem

- 1) Molitor: Über öffentliches und Privatrecht, S. 31. Wird zB durch einen Verkehrsunfall eine Straße gesperrt, so liegt es im Ermessen der Polizei (§ 14 PVG), ob sie einen der Beteiligten zur Beseitigung der Hindernisse auffordern oder einen Dritten durch privatrechtlichen Vertrag damit beauftragen will.
- 2) Huber: Neue Rechtsbegriffe des hoheitlichen Rechts, S. 13; Rhode: Arbeitsrecht, Sozialrecht, Gemeinschaftsrecht, S. 128; Jentsch: Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1936, 299.

abstrakt und allgemein - festgelegt ist, daß sein Begehren nur gegenüber oder von einem Organ der öffentlichen Verwaltung vorgebracht werden kann.

Daher sind sowohl die Anträge von Abgeordneten in den öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaften als auch der mit der Klageerhebung gestellte Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der Antrag auf Eintragung in ein staatliches Register und der Antrag auf Fürsorgeunterstützung öffentlich-rechtliche Willensäußerungen.

§ 10 Personale Kriterien.

Ein weiteres Kennzeichen des Kormann'schen Begriffes vom "nichtamtlichen publizistischen Rechtsgeschäft", nämlich "nichtamtlich", führt uns zu der Unterscheidung nach der Person der Antragsteller. Dabei kann wieder auf die von Wolff für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht entwickelte Formel zurückgegriffen werden.

- I. Oft ist kraft positiven Rechts nur einer Behörde die Befugnis zuerkannt worden, wirksam bestimmte Anträge an ein anderes Organ der öffentlichen Verwaltung richten zu können. Hierzu gibt es mehrere Beispiele aus dem Gebiet des Kommunalrechts: Eine Gemeinde stellt bei der Aufsichtsbehörde Anträge auf Genehmigung einer Darlehensaufnahme (§§ 78, 80 GO v. NRW), auf Genehmigung der Höhe der Steuersätze in der Haushaltssatzung oder von Grundstücksverkäufen (§§ 88, 64 Abs. 2 GO). Hier sind die Anträge schon wegen ihres Urhebers (vom Erklärungs-subjekt her) öffentlich-rechtlich, also "originäre öffentlich-rechtliche Willensäußerungen".¹⁾
- II. Weitaus die meisten öffentlich-rechtlichen Anträge können nach geltendem Recht sowohl von Zivilpersonen als auch von Behörden gestellt werden; es sei

1) Über das Verhältnis zu Kormanns Begriff vgl. unten S. 27 f.

Zwar verwirft auch Molitor den komplexen Begriff des Rechtsverhältnisses und benutzt als Anknüpfungspunkt die einzelne Willenserklärung und den einzelnen Anspruch (aaO S. 49); doch stellt er auch hier das Postulat der Über- und Unterordnung bzw der Gleichordnung auf und bleibt damit der Subjektionstheorie verhaftet.

Mit der Formel Wolffs aber läßt sich eine saubere Unterscheidung aller vorkommenden Anträge vornehmen. Legt zB ein Handelsvertreter einer Behörde sein Warenangebot vor, so unterscheidet sich dieser Vorgang prinzipiell nicht von der Geschäftsanbahnung, die er bei allen Rechtspersonen versucht. Seine Bitte um Ausstellung eines Wandergewerbescheines kann er jedoch nur bei dem zuständigen Organ der öffentlichen Verwaltung vorbringen, das von der GewO dazu bestimmt worden ist.

Ein Antrag ist auch ganz unabhängig davon dem öffentlichen Rechte zuzurechnen, daß die Behörde daraufhin privatrechtlich tätig wird; wenn sie zB den Anstellungsantrag eines Beamtenanwärters als Antrag auf Übernahme in das Angestelltenverhältnis auffaßt und demgemäß einen Vertrag des Privatrechts schließen will. Denn nur der Staat, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen vom Staat mit dem Recht der Beamtenernennung ausgestatteten juristischen Personen des öffentlichen Rechts können Beamte anstellen, die in ein den jeweiligen Beamtengesetzen entsprechendes und damit öffentlich-rechtliches Verhältnis zu ihnen treten.

Der Antrag des Vorstehers eines Finanzamts auf Erteilung einer Baugenehmigung gehört nicht deshalb dem öffentlichen Rechte an, weil er als Organwalter einer Behörde handelt, sondern weil nach dem geltenden Bauordnungsrecht nur das zuständige Organ der öffentlichen Verwaltung die erforderliche Baugenehmigung erteilen kann.

Ein Antrag ist also nur dann dem öffentlichen Rechte zugehörig, wenn durch positiven Rechtssatz, dh a priori

schen Rechtsgeschäften" gerechnet werden.

W. Jellinek nennt den Antrag eine "private" Willenserklärung, "für die zwar nicht unmittelbar, aber analog das bürgerliche Recht maßgebend ist, behaftet also mit allen Schwächen der privaten Willenserklärungen überhaupt"¹⁾. Da "privat" hier aber nicht mit privatrechtlich gleichgestellt, sondern die Willensäußerung einer Rechtsperson des Privatrechts in ihrer Eigenschaft als Subjekt öffentlich-rechtlicher Erklärungen (= Zivilperson²⁾) den "amtlichen" Erklärungen der Organwalter der Behörden gegenübergestellt werden soll, haben wir es mit einer Willensäußerung des öffentlichen Rechts zu tun, für die das Adjektiv "privat" sicherlich irreführend ist.

§ 11 Rechtsgeschäft oder geschäftsähnliche Handlung? -
Bisherige Lösungsversuche.

Die größten Meinungsverschiedenheiten herrschen in der Rechtslehre, wenn es sich um die Einordnung des Antrags in die Kategorie der rechtlich erheblichen oder sogen. "juristischen" Handlungen handelt. Selbst der Gesetzgeber hat eine gesetzliche Festlegung gescheut, um der Wissenschaft Gelegenheit zur Klärung zu geben. So bezeichnet das BGB in § 1755 den Vertrag über die Annahme an Kindes Statt als Rechtsgeschäft und damit die ihm zugehörigen Willensäußerungen als Willenserklärungen, dagegen in dem völlig entsprechend gefaßten § 1731 den Antrag auf Ehefähigkeitserklärung schlechthin als "Erklärung". Auch Brand, DBG, § 1 Anm. 1 (S. 78), nennt den Antrag unbestimmt "eine im öffentlichen Recht wurzelnde eigenartige Willensäußerung".

1) W. Jellinek: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festg. für das Preuß. OVG, S. 167; ders.: VR, S. 233.

2) Wolff: VR I § 32 III b 2.

an die Baugenehmigung erinnert oder an die Erlaubnis bzw Konzession für die über den Gemeindeggebrauch hinausgehende Benutzung einer öffentlichen Sache. Hier besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen Zivilpersonen und Trägern öffentlicher Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Antragsteller. Diese Anträge gehören allein wegen ihres Empfängers (also vom Erklärungs-~~objekt~~ subjekt her) dem öffentlichen Rechte an und sind inso- weit "derivative öffentlich-rechtliche Willensäußerungen".

III. Auch Kormann, System, S. 21 f., hat bei der Entwicklung seines Begriffes vom "publizistischen Rechtsgeschäft" nach der Person der Erklärenden unterschieden und rechnet zu den "nichtamtlichen publizistischen Rechtsgeschäften" ausdrücklich nur die von "Privaten" ausgehenden Anträge und Erklärungen, denen er die Verwaltungsakte als "amtliche publizistische Rechtsgeschäfte" gegenüberstellt. Aus der durch unsere Einteilung gewonnenen Erkenntnis müssen wir von einer Verwendung dieser Unterscheidung und der daraus abgeleiteten Begriffe abraten, weil sie unvollständig sind und daher der Fülle der tatsächlichen Möglichkeiten nicht gerecht werden können. Selbst wenn man unterstellen würde, daß Kormann in der Begründung seiner Ansicht nicht ganz exakt vorgegangen wäre und unter dem Terminus "Privater" auch Behörden für den Fall verstanden hätte, daß sie wie jede Zivilperson auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts tätig würden - was aber offensichtlich nicht der Fall ist - bliebe immer noch eine Lücke; denn wo sollen die oben zu I. skizzierten Anträge öffentlicher Behörden eingeordnet werden? Da Kormann den Begriff des Rechtsgeschäfts so weit gefaßt hat, daß er alle Willensäußerungen des öffentlichen und privaten Rechts, die auf den Eintritt "äußerst mannigfaltiger" Rechtswirkungen gerichtet sind (S. 18), mit Ausnahme der rechtsetzenden Staatsakte, darunter versteht, müßten auch jene ihren Platz in seinem System finden. Sie können aber nach Kormanns Begriffsbildung weder zu den "amtlichen" noch zu den "nichtamtlichen publizisti-

Eine dritte Theorie unterscheidet zwischen dem Antrag, dessen einziger Zweck darin bestehe, den Erlaß eines Verwaltungsaktes einzuleiten, und der Zustimmung zu Verwaltungsakten, deren Rechtswirksamkeit von der Einwilligung des Betroffenen abhängt, wie der Beamtenernennung. Der Antrag sei eine Willenserklärung, denn rechtsgestaltend sei allein der Verwaltungsakt. Die Zustimmung soll jedoch Rechtsgeschäft sein; denn "bei den rechtswirksamen Handlungen dieser Art ist es tatsächlich, wie bei den privatrechtlichen Rechtsgeschäften, der Wille, der aus freiem Entschluß ein Rechtsverhältnis gestaltet"¹⁾.

Eine vierte Ansicht endlich sieht in den Anträgen eine weitgehende Ähnlichkeit mit bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäften, denn es sei ihr Sinn, daß eine bestimmte, von der Rechtsordnung ihr zugedachte Rechtsfolge eintrete. Das rechtfertige ihre Bezeichnung als Rechtsgeschäft.²⁾

Auch die Rechtsprechung faßt den Antrag allgemein als Willenserklärung auf, auf die sie idR die gerade für den Einzelfall passenden Vorschriften des BGB subsidiär oder analog zur Anwendung bringt, wenn nicht die Eigenart des öffentlichen Rechts eine andere Entscheidung erfordert.³⁾ Zwar haben auch in das BGB einzelne öffentlich-rechtliche Bestimmungen Eingang gefunden,⁴⁾ obschon durch Art. 55 EG BGB der Anspruch auf eine erschöpfende p r i v a t - rechtliche Regelung erhoben worden ist; doch hat man bei der Schaffung des BGB diese Bestimmungen für privatrechtlich gehalten und

-
- 1) Apelt: Vertrag, S. 70, 95; so auch Küchenhoff: Die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Privatperson, Festg. für W. Laforet, S. 318.
 - 2) Beling: StrPrR. S. 171; van Calker: Grundzüge, S. 31; Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 35; Kormann: System, S. 18; Ule: Anm. zum Urteil des Hess. VGH vom 19.1.1949, DV 1949, 503.
 - 3) ProVG 78, 251; 97, 99; RGZ 96, 303; 126, 243; 134, 163; 141, 240; 158, 119; Bad. VGH in DVBl. 1951, 668; Bayr. VGH in DVBl 1951, 516; Hess. VGH in DV 1949, 501, u.a.m.
 - 4) ZB §§ 44, 80, 89, 795, 839; vgl. Gramm in Staudinger, EG BGB, 10. Aufl., Art. 55 Anm. 5.

Kormann, System, S. 18 ff., entlehnt seinen Begriff des "publizistischen Rechtsgeschäfts" ganz dem bürgerlichen Rechte, während andererseits die Prozessualisten der Benutzung privatrechtlicher Kategorien weitgehend jeglichen Wert für das Prozeßrecht versagen.¹⁾ Zwischen diesen beiden Extremen bewegen sich die Meinungen. Diejenigen Autoren, die in allen Anträgen nur eine Verfahrenseinleitung sehen,²⁾ sind der Ansicht, der Antrag sei nicht Ausdruck des Willens, daß diese oder jene Rechtsfolge eintreten, etwa eine Verpflichtung entstehen solle, sondern vielmehr des Willens, daß ein anderer aufgrund einer schon bestehenden Verpflichtung oder ohne solche etwas tun oder lassen solle. Der Antrag gehe nicht auf eine unsichtbare Rechtsfolge, sondern auf eine sichtbare Handlung. Auch wenn in dem Antrag der gewünschte Inhalt des Verwaltungsakts angegeben oder auf mögliche gesetzliche Rechtsfolgen hingewiesen worden sei, ändere sich ihr Charakter nicht; zB knüpfe sich auch ohne den Willen des Antragenden das Prioritätsrecht an den Zeitpunkt der Antragstellung (§ 17 GBO, § 4 PatG). Die Vertreter dieser Ansicht leugnen denn auch konsequent, daß der Antrag ein Rechtsgeschäft oder eine schlichte Willenserklärung sei und rechnen ihn zu den Rechtshandlungen, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten.³⁾

Eine andere Ansicht bezeichnet alle Anträge schlechthin als Willenserklärungen, da sie eine unter mehreren Bedingungen für die Begründung, Veränderung oder Aufhebung einer Pflicht oder eines Rechtes seien.⁴⁾

1) Goldschmidt: ZPR, S. 120; Nikisch: ZPR, S. 209; Rosenberg: ZPR, S. 257 f.; Schmidt: ZPR, S. 361.

2) Brand-Schnitzler: Grundbuchsachen, S. 77; Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 189 ff.; Goldschmidt: ZPR, S. 210; Henke-Mönch-Horber: GBO, § 13 Anm. 3 A; Güthe-Triebe: GBO, § 13 Anm. 11; Nikisch: ZPR, S. 209; Rosenberg: ZPR, S. 255; Schönke-Schröder-Niese: ZPR, S. 154; Westermann in Ermann: BGB, § 59 Anm. 1. - Vgl. o. S. 7.

3) Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 189: "... unmaßgebliche Willensäußerung."

4) Hellwig: Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Berliner Festg. für O. Gierke, S. 63; Heyland: Recht der Beamten, S. 30; Huber: WVR II 109; Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR 56, 364; W. Jellinek: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festg. für das Preuß. OVG, S. 107; ders.: VR, S. 240; Stein-Jonas: ZPO, § 128 Vorbem. 3; v. Turegg: VR, S. 95; Trutter: Prozessualische Rechts-

fassen läßt",¹⁾ und sieht in ihm den Grund für die Möglichkeit weiterer rechtlicher Grundbegriffe "als Ausstrahlungen des zentralen Gedankens vom Rechte". "Gerade weil es sich als möglich erweist, in dem Reiche der Zwecksetzung das *v e r b i n d e n d e* Wollen als Form des menschlichen Zusammenwirkens in begrifflicher Selbständigkeit festzuhalten, und es weiterhin angeht, in diesem den Gedanken des *r e c h t l i c h e n* Wollens als eine in sich geschlossene formale Einheit deutlich einzusehen: so ist es nun auch möglich, von diesem letzteren souveränen Begriffe die formalen Methoden der rechtlichen Grundbegriffe in fester Zahl und Weise ausgehen zu lassen." (S. 181/82). Mit ihrer Hilfe erfaßt man in formaler Art das, was den Gegenständen übereinstimmend zu eigen ist, um das "wilde, wirre Getümmel" des geltenden Rechts zusammenzuziehen und zu sichten (S. 182/83). Sie haben damit die "Eigenschaft einer reinen Denkform" (S. 186).

Aus dem Begriff des Rechts selbst leitet Stammler dann unmittelbar vier oberste Grundbegriffe ab, die sich einteilen in die rechtlichen Kategorien (S. 191):

- 1) des Wollens: Rechtssubjekt - Rechtsobjekt;
- 2) des Verbindens: Rechtsgrund - Rechtsverhältnis;
- 3) der Selbstherrlichkeit: Rechtshoheit - Rechtsunterstellttheit;
- 4) der Unverletzbarkeit: Rechtmäßigkeit - Rechtswidrigkeit.

Diese seien nur der Vollständigkeit halber insgesamt aufgeführt; denn es interessieren uns die beiden letzteren gar nicht, die erstere nur am

1) AaO, S. 181. Ob es allerdings sinnvoll ist, den Rechtsbegriff ganz unabhängig von der Rechtsidee zu bestimmen, mag hier dahingestellt bleiben. Vgl. darüber Leo Haas: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Die formalistische Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers und das formalistische Naturrecht, Diss. phil. Freiburg (Schweiz), 1950.

erst später ihren wahren öffentlich-rechtlichen Charakter erkannt. Dadurch werden aber die hier interessierenden Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte nicht berührt, so daß auf öffentlich-rechtliche Willenserklärungen höchstens ihre subsidäre oder analoge Anwendung gestattet sein kann. Gerade diese Übung der Gerichte, die sich auch auf namhafte Autoren der Rechtslehre stützen kann, ist ein Mittel zur Erkenntnis des Rechtscharakters des Antrags, da sie zu der Frage zwingt, mit welchem Rechte so verfahren wird.

12 Die rechtlichen Grundlagen des Antrags.

Eine Beantwortung der Frage ist nicht möglich ohne ein Hinabsteigen in die Tiefen des Rechts, um hier zu ergründen, ob es eine gemeinsame rechtliche Basis aller Willensäußerungen gibt, wobei es sich möglicherweise als unerheblich herausstellen kann, daß sie in einer einzelnen Rechtsdisziplin bereits wissenschaftlich und gesetzlich Anerkennung gefunden haben.

Die Idee eines grundlegenden, allen Disziplinen gemeinsamen Rechts, das von den Besonderheiten dieser oder jener rechtlichen Teilordnung unabhängig ist, hat die Rechtsphilosophie schon oft bewegt und zu Versuchen geführt, die Gemeinsamkeiten des geltenden Rechts herauszustellen.¹⁾

Wir folgen hierbei den eingehenden Forschungen Rudolf Stammers nach den Grundbegriffen des Rechts.²⁾ Stammler geht aus von dem Begriffe der "Einheit des Rechts" als dem obersten Gedanken, "unter dem sich aller begrenzte Stoff

1) Vgl. die Arbeiten von Friedrichs: Der Allgemeine Teil des Rechts, 1927; Kormann: Grundzüge eines allgemeinen Teils des Rechts, Ann. 1912, S. 1 ff.; Nawiaski: Forderungs- und Gewaltverhältnis. Ein Beitrag zum allgemeinen Teil des privaten und öffentlichen Rechts, Festg. für E. Zitelmann.

2) Rudolf Stammler: Die Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.

Aber nicht immer ist das rechtmäßige Wollen des einzelnen Rechtssubjektes geeignet, den Rechtserfolg herbeizuführen. Beim Vertrag bedarf es zB der entsprechenden übereinstimmenden Erklärungen mindestens zweier Personen. Rechtsgrund ist jedoch auch hier das "verbindende Wollen", das durch die Erklärungen der Beteiligten zum Erfolge führt. Demnach ist nicht jede Willenserklärung auch Rechtsgeschäft, und umgekehrt enthält jedes Rechtsgeschäft wenigstens eine Willenserklärung.

Bei unserer Untersuchung des Rechtscharakters des Antrags kann es sich daher nicht darum handeln, die zivilrechtliche Kategorie des "rechtlich bedeutsamen Verhaltens" auf das öffentliche Recht zu übertragen, sondern in diese allen Gebieten des Rechts gemeinsame Kategorie den Antrag unter Berücksichtigung der Besonderheiten des öffentlichen Rechts einzuordnen.

§ 13 Der Rechtscharakter der bloßen Verfahrenseinleitung.

Den Anträgen, die in einem gesetzlich vorgesehenen Antragsverfahren lediglich eine Aufforderung an den Träger öffentlicher Gewalt darstellen, hoheitlich tätig zu werden (Verfahrensanstoß), kann nicht die rechtliche Qualität einer Willenserklärung zukommen. Sie mögen zwar auf einen Rechtserfolg ausgehen, können ihn aber nicht selbst durch die rechtsschöpfende Kraft des Parteiwillens herbeiführen, sondern sind darauf angelegten Willen eines anderen, der den Rechtserfolg zu schaffen imstande ist, in diesem Sinne in Tätigkeit zu setzen. Auch die Aufforderung hat eigene Rechtsfolgen: Ein Verfahren wird eingeleitet, eine Anordnung getroffen, ein Prioritätsrecht geschaffen. Sie treten aber nicht ein, weil der Auffordernde sie gewollt hat, sondern weil das Gesetz sie an den Tatbestand einer entsprechenden Willensäußerung knüpft oder zu

Rande, und lediglich die zweite Kategorie trifft in die Mitte unserer Betrachtungen.

Unter Rechtsgrund versteht Stammler das verbindende Wollen, das Bezwecken eines rechtlichen Zusammenwirkens von Menschen, dessen Ausführung dann zu einem Rechtsverhältnis führt. Rechtsverhältnisse sind also die schon verbundenen Zwecksetzungen rechtlichen Wollens (S. 203).

Rechtsgrund und Rechtsverhältnis stehen demnach in dem Verhältnis von Grund und Folge zueinander. Das führt uns wieder zu der Frage, wie im Sinne eines " r e c h t l i c h e n W o l l e n s " Willensinhalte des einen Menschen bestimmend für den anderen eintreten (S. 244); denn jedes rechtliche Wollen muß die Möglichkeit einer Änderung bestehender rechtlicher Gebundenheiten ins Auge fassen. So entsteht der Begriff des "rechtlich bedeutsamen Verhaltens"¹⁾, der sich an die obersten Grundbegriffe des Rechtsgrundes und des Rechtsverhältnisses anlehnt und danach "selbst eine einfache und geschlossene Frage darstellt" (S. 244/45). "Erst durch die Verknüpfung mit anderen rechtlichen Grundbegriffen erscheinen weitere allgemeine Begriffe, ... so vor allem der des Rechtsgeschäfts", welches begriffen wird als das "rechtmäßige Wollen eines Rechtssubjekts auf Änderung der ihm unterstellten Rechtsverhältnisse" (S. 245). Aus dieser Definition ergibt sich deutlich, daß der Gedanke des "rechtlich bedeutsamen Verhaltens" als solcher das Grundelement bildet, das nun mit anderen Erwägungen weitergeführt wird.²⁾

1) Stammler (S. 244 ff.) spricht von "Rechtshandlung", doch versteht man darunter nach neuerer Terminologie nur ein Teilgebiet des "rechtlich bedeutsamen Verhaltens". Diese letztere, hier vorgezogene Bezeichnung stimmt jedoch inhaltlich mit der "Rechtshandlung" im Sinne Stammlers überein. Wolff: VR I § 36 II b 1, bezeichnet das "rechtlich bedeutsame Verhalten" als "Rechtshandlung im weiteren Sinne".

2) Das trifft auch für die unerlaubte Handlung zu; Stammler, S. 245.

Antrags, der aus Verfahrenseinleitung und Zustimmung zugleich besteht. Die Verfahrenseinleitung kann wegen ihrer Wesensgleichheit mit den zuvor behandelten Erscheinungen nur als "geschäftsähnliche Handlung" angesprochen werden. Mit der Zustimmung verbindet sie zunächst eine formale Einheit: beide sind in einer Willensäußerung enthalten. Es wäre jedoch falsch, daraus a priori die Folgerung zu ziehen, daß sie dann auch von gleicher juristischer Qualität sein müßten. Vielmehr braucht die einheitliche Erklärung einer Verschiedenheit in der Bewertung ihrer Teile nicht entgegenzustehen, wie die nachfolgenden Erörterungen zeigen werden.

Wir hatten oben S. 14 ff. gesehen, daß ein "zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt" schwebend unwirksam ist, solange nicht die nachträgliche Zustimmung ihm die Rechtswirksamkeit ex tunc verleiht. Dadurch wird die Zustimmung jedoch kein Teil des hoheitlichen Aktes; die Rechtswirkungen beruhen allein auf dem Verwaltungsakt, in dem sich der souveräne Wille der Rechtsordnung manifestiert. Die Zustimmung ist lediglich als eine gesetzliche Bedingung, eine "conditio legis"¹⁾, seiner Wirksamkeit zu betrachten. Sie gehört damit zu jener Gruppe von ergänzenden Willensäußerungen, die zu anderen rechtlichen Akten hinzutreten müssen, um ihnen die volle Wirksamkeit zu verleihen. Soweit diese Äußerungen dem Privatrecht angehören, haben sie im BGB als Bevollmächtigung, Zustimmung und Genehmigung eine gesetzliche Regelung erfahren.

Die h.M. bejaht auch für das Privatrecht, daß solche ergänzenden Willensäußerungen kein Tatbestandsstück der Hauptwillensäußerung, sondern eine Rechtsbedingung für deren Wirksamkeit seien,²⁾ und, wenn sie

1) Fleiner: Institutionen, S. 192.

2) Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil II, § 152 I 2; Lange: Allgemeiner Teil, S. 287; Lehmann: Allgemeiner Teil, S. 301; Oertmann: BGB, Vorbem. 3 zu §§ 182 - 185. - Anderer Ansicht Zittelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 298 f.

knüpfen gebietet. Der förmliche Antrag eines Mitgliedes einer öffentlichen Vertretungskörperschaft führt aufgrund Gesetzes zu einem förmlichen Beschlußverfahren. Wenn der Vorsitzende dieser Körperschaft willkürlich das Verfahren nicht durchführt, liegt darin nicht nur eine Mißachtung des Willens des Abgeordneten, sondern vor allem eine Verletzung des Gesetzes.

Rechtsfolge und Willensäußerung stehen höchstens insoweit in einem Abhängigkeitsverhältnis, als ohne die Willensäußerung die Rechtsfolge nicht eintritt; die Abhängigkeit geht aber nicht soweit, daß auch "der Inhalt der Willensäußerung die Art der Rechtsfolge bestimmt"¹⁾, sei es für sich allein (rechtsfolgebegründend) oder als eine von mehreren Bedingungen (rechtsfolgebedingend) für die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten.²⁾

Die Zivilrechtslehre hat für solche Willensäußerungen einer Person, denen nicht der Wille, sondern das Gesetz die Wirkung beilegt, Rechtsverhältnisse zu begründen, zu verändern oder aufzuheben, den Begriff der "geschäftsähnlichen Handlung" entwickelt, weil sie in ihren Wirkungen den rechtsschöpferischen Willenserklärungen nahekommen; sie sind "verkümmerte Willenserklärungen"³⁾.

§ 14 Der Rechtscharakter des Antrags mit implizierter Zustimmung.

Schwieriger ist schon die juristische Einordnung des

1) Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 146; KG vom 19.1.1905, OLG 11, 158.

2) Wolff: VR I § 36 I b 3.

3) Lange: Allgemeiner Teil, S. 216; Lehmann: Allgemeiner Teil, S. 309 ff.; Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil II, S. 577; Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 146; für den Antrag auf Volljährigkeitserklärung auch Böhle-Stamschräder in Ermann: BGB, § 4 Anm. 2; Schlegelberger: FGG, § 56 Anm. 1. Wolff: VR I § 36 II b 2, nennt die "geschäftsähnlichen Handlungen" auch "Rechtshandlungen ieS".

wollen. Gemeinsam ist beiden Arten der Zustimmung demnach die Erklärung des Einverständnisses mit einem fremden, dh von einem anderen vorgenommenen, Rechtsfolgen setzenden Aktes - und als solche eine der Bedingungen für dessen Wirksamkeit.

Wenn die Rechtsordnung durch das Antragserfordernis die Zustimmungsbedürftigkeit eines Verwaltungsaktes angeordnet hat, so hat sie es damit auch in den Willen der betroffenen Zivilperson gestellt, dem Verwaltungsakt die Rechtswirksamkeit zu verschaffen. Der durch die Erklärung des Einverständnisses verlautebarte Wille ist eine der Bedingungen, aus denen diese Rechtsfolge entsteht. Wir haben es daher mit einer rechtsgeschäftlichen Handlung zu tun, die wir aber, da ihr Erklärungsinhalt nur eine unter mehreren Bedingungen für die Rechtsgültigkeit des Verwaltungsaktes ist, nicht den Rechtsgeschäften im eigentlichen Sinne, sondern den schlichten Willenserklärungen zurechnen müssen.¹⁾

Enthält ein Antrag über seine Funktion als Verfahrenseinleitung hinaus auch die Zustimmung zu dem Inhalt des beantragten Verwaltungsaktes, so fallen "geschäftsähnliche Handlung" und Willenserklärung zu einem Willensakte zusammen, der nach Inhalt und Zweck eine Einheit darstellt. Sein rechtliches Schicksal läßt sich daher nur einheitlich beurteilen. Willensmängel zB können nur den Antrag als Ganzes treffen, und der Verfahrensanstoß bleibt nicht wirksam, wenn die Zustimmung wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtig ist.²⁾

Daß sich hinter der einheitlichen Erscheinung eines

1) Wolff: VR I § 48 II a 2.

2) Das ist in der Zivilrechtslehre sogar für den Fall anerkannt, daß Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zusammenfallen; vgl. Heck: Sachenrecht, S. 121; M. Wolff: Sachenrecht, § 38 II 4; Westermann: Sachenrecht S. 27; BGH in JZ 1951, 782. - Anderer Ansicht das Reichsgericht in RGZ 104, 103.

als Erklärungen des Einverständnisses mit fremden Rechtsgeschäften auftreten, auch als rechtsgeschäftliche Willenserklärungen anzusehen seien. Andererseits könne ein rechtlicher Zustand, der kein rechtsgeschäftliches Tatbestandsmoment enthalte, auch nicht durch eine Erklärung herbeigeführt werden, die Rechtsgeschäftscharakter trage.¹⁾

Diese Abhängigkeit von dem Rechtscharakter der Hauptwillensäußerung entspricht auch dem Zweck der Zustimmung: Sie soll nicht um ihrer selbst willen erklärt werden, keine Eigenbedeutung haben, sondern zielt darauf ab, für ein anderes abgeschlossenes oder noch abzuschließendes Geschäft eine fehlende Wirksamkeitsvoraussetzung zu schaffen.

Nicht anders verhält es sich mit der öffentlich-rechtlichen Zustimmung zu hoheitlichen Akten. Die Übereinstimmung von Verwaltungsakten und Rechtsgeschäften besteht darin, daß sie beide fähig sind, Rechtsverhältnisse zu begründen, umzugestalten oder aufzuheben. Das ist die von der Rechtsordnung zugelassene sichtbare Folge. Aber sowohl Verwaltungsakt wie Rechtsgeschäft sind nicht immer imstande, der kraft ihres Daseins bestehenden Rechtsfolge auch gleich die rechtliche Wirksamkeit zu verschaffen. Sie bedürfen manchmal der Zustimmung einer anderen Person, die nicht mit dem Urheber des Verwaltungsaktes oder des Rechtsgeschäfts identisch ist. Beim Rechtsgeschäft gibt es die privat- (oder auch öffentlich-) rechtliche Zustimmung zu privatrechtlichen Geschäften, die den eigenen Rechtskreis beeinflussen wollen oder den Rechtskreis eines Dritten, welcher der Fürsorge des Zustimmungsberechtigten anvertraut ist. Beim Verwaltungsakt handelt es sich um die Zustimmung von Zivilpersonen zu hoheitlichen Akten, die kraft Rechtssatzes der Zustimmung bedürfen, weil sie auch den Rechtskreis dieser Personen betreffen und verändernd auf ihn einwirken

1) Oertmann: Rechtsbedingung, S. 31.

Bindung ganz oder z.T. entlasse oder die Ausübung eines Rechtes in einem bestimmten Umfang aufgabe. Ein Verzicht hat daher eine Veränderung im Bestand der Rechte des Verzichtenden zur Folge. Diese Rechtsänderung beruht auf dem Willen des Verzichtenden. Sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit nur der einseitigen Erklärung; sie ist namentlich nicht von einer Annahmeerklärung dessen abhängig, zu dessen Gunsten der Verzicht sich auswirken mag(wie bei dem Erlaß nach § 397 BGB). Die Verzichtserklärung ist daher nach herrschender und richtiger Auffassung ein einseitiges Rechtsgeschäft.¹⁾ So auch die Unterwerfung.²⁾ Wenn also ein Antrag auch eine Unterwerfung enthält, so ist sein rechtliches Schicksal nach den Vorschriften über die Rechtsgeschäfte zu beurteilen.

1) Jellinek: VR. S. 240; Walsmann: Der Verzicht, S. 215; Wolff: VR I § 36 II b 3; ProVG 65, 134 ff.
2) Wolff: VR I § 36 II b 3.

Antrags vielfach Verfahrenseinleitung und Zustimmung, zwei Willensäußerungen mit verschiedenen rechtlichen Eigenschaften, verbergen, wird von der weitaus h.M. nicht anerkannt oder nicht beachtet, weshalb sie denn auch den Antrag ausschließlich der einen oder anderen rechtlichen Kategorie zuteilt.

§ 15 Der Rechtscharakter des Antrags mit implizierter Unterwerfung.

Auch bei dem Antrag mit implizierter Unterwerfung steht die formale Einheit beider Erklärungen einer gesonderten Bewertung der Unterwerfung nicht entgegen.

Die Unterwerfung ist nicht Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des hoheitlichen Aktes, sondern gehört zu den gesetzlichen Voraussetzungen für dessen Rechtmäßigkeit, sie ist Tatbestandsmerkmal; denn in der Unterwerfung liegt ein Verzicht der Zivilperson. Bei der Pauschalbesteuerung verzichtet der Steuerpflichtige auf die vollständige Erfassung der Besteuerungsgrundlagen, denn hierbei müßte das Finanzamt auch jeden zu Gunsten des Steuerpflichtigen sprechenden Umstand berücksichtigen. Eine Bestrafung im Unterwerfungsverfahren nach § 445 RAO ist nur möglich, wenn der Betroffene auf den durch Art. 102 I 2 GG gesicherten Anspruch verzichtet, daß seine Sache von seinem gesetzlichen Richter entschieden wird. Damit hat er sich gleichzeitig der gegenüber den Befugnissen der Gerichte subsidären Strafgewalt abhängiger Verwaltungsbehörden unterworfen. Bei der Widmung eines Grundstücks für öffentlichen Verkehr verzichtet der Grundstückseigentümer darauf, seine Herrschaftsrechte an der Sache so auszuüben, wie er bei einem ^{nicht} dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Grundstück zu tun berechtigt wäre. In der Unterwerfung unter einen sonst rechtswidrigen Verwaltungsakt liegt der Verzicht auf die zulässigen Rechtsmittel.

Die Grundlage des Verzichts ist die Erklärung des Rechtsinhabers, daß er ein ihm zugeordnetes Recht aus dieser

II. a) Die Möglichkeit einer analogen Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte ist gegeben, wenn der hinter einem Privatrechtssatz stehende gesetzgeberische Gedanke auch auf rechtsähnliche öffentlich-rechtliche Fälle ausgedehnt werden kann, weil ihre Interessenlagen mit dem Tatbestand des Rechtssatzes die Stücke gemeinsam hat, die für die Anknüpfung der Wirkungen wesentlich sind.¹⁾ Die analoge Anwendung kann vom Gesetzgeber selbst angeordnet worden sein. So bestimmt § 130 III BGB: "Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist". Empfangsbedürftig sind daher sowohl Zustimmung wie Unterwerfung, aber auch der Antrag, der nur als Rechtshandlung i.e.S. anzusehen ist, denn § 130 BGB kann nach herrschender Auffassung in der Zivilrechtslehre auch auf solche Erklärungen angewendet werden.²⁾

b) Eine analoge Anwendung kann auch durch die Praxis erfolgen, weil sie sich für die Entscheidung eines Einzelfalles als notwendig erweist.

1) Das gilt z.B. für die §§ 104 ff. BGB. Die Geschäftsunfähigen oder nur beschränkt Geschäftsfähigen bedürfen eines gesetzlichen Vertreters für die Verfolgung öffentlich-rechtlicher Angelegenheiten, jedoch nicht in den Fällen, in denen ihnen durch besondere gesetzliche Vorschrift die Fähigkeit zuerkannt ist, gewisse Rechtshandlungen selbst vornehmen zu können: Im Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche (§§ 645 ff. ZPO) gilt der zu entmündigende Volljährige abweichend von § 52 ZPO als voll prozeßfähig. Er selbst kann alle im Verfahren notwendigen Anträge stellen, den Entmündigungsbeschluß im Wege der Klage anfechten (§ 664 II ZPO)

1) Lehmann: Allgemeiner Teil, S. 55 f.; Wolff: VR I § 28 III d 1.

2) Oertmann: BGB, § 130 Anm. 7 b; Staudinger-Riezler: BGB, § 130 Anm. 1.

3. K a p i t e l

Die Rechtsgrundlagen der Mitwirkungserklärungen

§ 16 Die Anwendung privatrechtlicher Normen.

I Wegen der geringen Durchbildung des allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts durch die Gesetzgebung hat es sich in Rechtsprechung und Verwaltung als notwendig erwiesen, gewisse Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch auf öffentlich-rechtliche Willensäußerungen, insbesondere auf Antrag, Zustimmung und Unterwerfung, anzuwenden. Im Schrifttum ist diese Handhabung oftmals,¹⁾ am schärfsten von O. Mayer bekämpft worden, der jede Gemeinsamkeit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsinstitute leugnete.²⁾ Das neuere Schrifttum³⁾ und vor allem die Rechtsprechung⁴⁾ sind mit Recht anderer Ansicht; denn eben aus dem Wesen des öffentlichen Rechts als eines Sonderrechts innerhalb der Rechtsordnung⁵⁾ ergeben sich viele Gemeinsamkeiten, die nur dann zu einer verschiedenen Behandlung des Einzelfalles führen, wenn andersartige Prinzipien des öffentlichen Rechts das verlangen.

1) Hartmann: Können die bürgerlichen Gerichte über öffentlich-rechtliche Gegenforderungen entscheiden? DJZ 1912, 1519; ders. in LZ 1915, 1295; Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, S. 88 ff.; Lassar: Der Erstattungsanspruch, S. 57; Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, S. 171.

2) O. Mayer: VR I, S. 117.

3) Forsthoff: VR, S. 143 ff.; Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR 56, 321 ff.; Jellinek: VR, S. 241; Köhler: VR, S. 212; Kormann: System, S. 285; Lassally: Die Anwendbarkeit von Normen des bürgerlichen Rechts im öffentlichen Recht, FischersZ 59, 153 ff.; Meyer-Branecke: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, AöR nF 11, 276 ff.; Wolff: VR I § 44 I c.

4) PrOVG 82, 305; 83, 150; 87, 1; 94, 16; 97, 95; 101, 2104; RGZ 141, 240 (258); 158, 119 (126); Württ.-Bad VGH in VRspr. 2, 58; OVG Hamburg in DVBl. 1951, 28; Bad. VGH in DVBl 1951, 668.

5) Wolff: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76, 205; ders.: VR I § 22 II.

idR frei zurücknehmen, solange der Verwaltungsakt noch nicht ergangen und ihr zugestellt worden ist.¹⁾ Der WürttEVRO läßt dem Antragsteller daher die Wahl, ob er im Falle eines Irrtums den Antrag anfechten oder ihn zurücknehmen will (Art. 41). Dem ist nur bedingt zuzustimmen; denn für die Zulassung der Anfechtung, die zudem oft unter den Verfahrensbeteiligten zu einer Kontroverse über ihre jeweilige Berechtigung führen wird, besteht solange kein Bedürfnis, wie der vom öffentlichen Recht geschaffene einfachere Weg der Antragsrücknahme gangbar ist.²⁾ Auch aus der Frage der Kostenlast läßt sich nichts für die Anfechtung anführen, da bei Anfechtung wie Rücknahme das Verfahren auf die Initiative des Antragstellers hin zu laufen begonnen hatte und die Verpflichtung, die Kosten des Verfahrens zu tragen, sich allein an diese Tatsache knüpft (vgl. § 2 KostO).

Eine Bindung der Zivilperson an ihren Antrag bzw an ihre Zustimmung oder Unterwerfung auch schon vor dem Erlaß oder der Zustellung des hoheitlichen Aktes ist vom Gesetz nur in Ausnahmefällen vorgesehen: Nach § 30 S. 2 BBG kann der Antrag auf Entlassung aus dem Beamtenverhältnis nur innerhalb von zwei Wochen nach dem Zugang bei dem Dienstvorgesetzten zurückgenommen werden, wenn die Entlassungsverfügung nicht schon früher zugangen ist. Der Steuerpflichtige ist drei Monate lang an seine Unterwerfungserklärung gem. § 445 RAO gebunden.³⁾ Der Strafantrag kann sogar nur in den vom Gesetz normierten Fällen zurückgenommen werden (§ 64 StGB). Der Grund liegt darin,

1) Brand: DBG, S. 522; Dittus-Zinkahn: Baulandbeschaffungsgesetz, § 26 Anm. 4; Güthe-Triebe: GBO, § 13 Anm. 3d; Wolff: VR I § 48 II a 2.

2) Jellinek: VR, S. 241; Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR 56, 365.

3) § 2 II 2 der VO über die Unterwerfung im Strafverfahren gem. § 41o der Reichsabgabenordnung vom 1. November 1921 (RGBl I 1328).

und nach dessen Rechtskraft die Aufhebung der Entmündigung beantragen (§ 675 ZPO). Für das Unterbringungsverfahren nach Art. 104 II GG steht das Beschwererecht nach § 7 III des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 29. Juni 1956 (BGBl I 599) auch dem noch unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde und dem unter Vormundschaft stehenden Mündel zu, außer, wenn das Kind noch nicht 14 Jahre oder der Mündel geschäftsunfähig ist.¹⁾ Der durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (BGBl I 609) aufgehobene § 1358 BGB bestimmte, daß der wegen Geistesschwäche entmündigte Ehemann ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters beim Vormundschaftsgericht den Antrag auf Ermächtigung zur Kündigung von Dienstverträgen seiner Ehefrau stellen konnte.

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so kann der Minderjährige etwa erforderliche Konzessionen oder gewerbliche Berechtigungen selbst beantragen; er hat auch die erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen.²⁾

2) Auch die Vorschriften der §§ 119 ff. BGB werden analog angewendet, weil ihnen der allgemeine Gedanke zugrunde liegt, daß eine Person nicht an ihre Willenserklärung gebunden sein soll, wenn sie sich über die Erklärungshandlung oder den Erklärungsinhalt im Irrtum befunden hat. Bei der Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes im öffentlichen Recht ist zu berücksichtigen, daß die Zivilperson an ihren öffentlich-rechtlichen Antrag sowie Zustimmung und Unterwerfung - anders als im Privatrecht an den Vertragsantrag (§ 145 BGB) und die Zustimmung (§ 182 ff. BGB) - nicht gebunden ist. Sie kann sie

1) Vor Erlass des Gesetzes vom 29. Juni 1956 wandten Rechtssprechung und Lehre die §§ 645 ff. ZPO analog an; vgl. OVG Münster in MDR 1953, 188; OVG Berlin in DVBl 1952, 764; BVerwG in NJW 1955, 804.

2) KG vom 29.1.1909, KGJ 37 A, 39.

Gebrauch von seinem Anfechtungsrecht gemacht hat. Es kommt im öffentlichen Recht also auf die dem Anfechtungsberechtigten zumutbare Zeit an.¹⁾

3) Anträge können idR auch durch Bevollmächtigte gestellt werden, wie es § 13 FGG für die Anträge im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich zugelassen hat. Auch Zustimmung und Unterwerfung können durch Vertreter erklärt werden.

Dagegen ist Stellvertretung für diejenigen Fällen ausgeschlossen, in denen nach positiven gesetzlichen Vorschriften die Beteiligten "persönlich" ihren Willen erklären müssen. Dies gilt zB für die Anmeldung einer Genossenschaft zum Genossenschaftsregister (§ 157 GenG).

Die Abgabe einer Erklärung durch einen anderen, der sie als fremde, nicht von seinem eigenen Willen getragene, überbringt (Botenschaft), ist aber dann zulässig, wenn das Gesetz nur die Vertretung im Willen verbietet ("... kann nicht durch einen Vertreter erfolgen")²⁾, so bei dem Antrag auf gerichtliche Aufhebung von Kindesannahmeverhältnissen.³⁾ Hier muß erkennbar sein, daß der Überbringer nur den Willen des Beteiligten verlautbart, nicht seinen eigenen.⁴⁾

4) Der Grundsatz der Übertragbarkeit von Rechten und Pflichten hat im öffentlichen Recht nur eingeschränkte Geltung, da die öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen idR höchstpersönlich sind.⁵⁾ Sie erlöschen mit dem Tode; ebenso etwaige Anträge, Zustimmungen und Unterwerfungen, die auf die Erlangung einer solchen Berechtigung oder Verpflichtung gerichtet

1) Hess. VGH AS 1, 45; Wolff: VR I § 44 I e 1.

2) Schlegelberger: FGG, § 13 Anm. 15, unter Berufung auf KG vom 7.7.1939, JFG 20, 198.

3) §14 I des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften vom 12. April 1938 (RGBl I 380).

4) Der BGH nennt die Botenschaft auch mißverständlich eine "Stellvertretung in der Erklärung", vgl. BGHZ 5, 344.

5) Wolff: VR I § 43 VI.

daß auch ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, und das individuelle Interesse lediglich bei solchen Straftaten höher bewertet wird, die nur geringe Folgen haben oder gegen Angehörige begangen worden sind.¹⁾

Nur im Falle einer Bindung der Zivilperson an ihren Antrag bzw Zustimmung oder Unterwerfung ist daher Raum für eine Anfechtung. Sie findet statt sowohl gegen Anträge mit implizierter Zustimmung oder Unterwerfung (oder gegen letztere allein), als auch gegen solche, die nur einen Verfahrensanstoß darstellen, also nur "geschäftsähnliche Handlungen" sind. Da die Zivilrechtslehre die Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen auf diese Erklärungen in ihrem Bereich analog anwendet, steht ihrer Anwendung auch auf die öffentlich-rechtlichen "verkümmerten Willenserklärungen" nichts entgegen.

Die Anfechtung geschieht durch empfangsbedürftige Willenserklärung und ist an den Hoheitsträger zu richten, bei welchem das Verfahren schwebt.

Für die Bemessung der Anfechtungsfrist wird in der Rechtsprechung manchmal der Standpunkt vertreten, daß die Anfechtung "unverzüglich" (§ 121 BGB) erfolgen müsse.²⁾ Die Bestimmungen der §§ 121, 124 BGB lassen sich aber nach h.M.³⁾ nicht schledthin auf die Anfechtung öffentlich-rechtlicher Willensäußerungen übertragen, da sie der Eigenart zivilrechtlicher Beziehungen Rechnung tragen und die Interessen des Anfechtenden mit denen des Verkehrs in Einklang bringen müssen. Doch ist ihnen die Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, daß die Anfechtung mit Rücksicht auf den Verkehrsschutz nicht mehr zuzulassen ist, wenn der Anfechtungsberechtigte nach Ablauf einer gewissen Zeit keinen

1) Vgl. §§ 104, 123, 194, 247, 248 a, 263 V, 264 a, 303 usw StGB.

2) RGZ 141, 258; 158, 119 (126).

3) PrOVG 92, 240 (245); Hess. VGH v. 22.6.1951, AS. 1, 45; Wolff: VR I § 44 I e 1.

anderen Seite trifft auch ihn die Verpflichtung aus der Widmung eines Grundstückes seines Rechtsvorgängers für den öffentlichen Verkehr, wenn dieser sich rechtsgültig unterworfen hatte.

cc) Bei den Realgewerbeberechtigungen (§§ 10, 48 GewO) ist die Übertragbarkeit dahin eingeschränkt, daß zwar die persönliche Eignung des Rechtsnachfolgers, nicht aber die Lage des Betriebes oder das Bedürfnis erneut zu prüfen sind, wenn der Rechtsnachfolger die Erteilung einer Genehmigung für sich beantragt.¹⁾

5) Mangels besonderer Bestimmungen des öffentlichen Rechts werden auch die Vorschriften des BGB über Fristen analog auf Antragsfristen angewandt;²⁾ der Antrag des falsus procurator kann von dem Berechtigten mit rückwirkender Kraft genehmigt werden (§ 184 BGB);³⁾ auch der Antrag mit geheimem Vorbehalt ist wirksam, nicht dagegen der Schein- oder Scherzantrag (§§ 116, 117 BGB).

§ 17 Die Form der Mitwirkung.

Anträge, Zustimmungen und Unterwerfungen sind, wie auch die Willenserklärungen des Privatrechts, idR formfrei.⁴⁾ Ausnahmen ergeben sich aus dem Gesetz:

Gerichtliche oder notarielle Beurkundung fordern zB §§ 29, 30 GBO, wenn durch den Antrag zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll, oder § 1731 BGB für den Antrag auf Ehelichkeitserklärung.

Anträge nach § 12 HGB, §§ 77, 156o BGB sind in öffentlich beglaubigter Form einzureichen, wenn nicht die Form der Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeam-

1) Wolff: VR I § 43 VI b;

2) Jellinek: VR, S. 153.

3) RGZ 125, 53.

4) Güthe-Triebe: GBO, § 29 Anm. 7; Schlegelberger: FGG, § 11 Anm. 21.

sind; das Verfahren findet ein Ende.¹⁾ Nur in Ausnahmefällen treffen den Rechtsnachfolger die Folgen einer bereits erklärten Zustimmung oder Unterwerfung des Vorgängers; nur in Ausnahmefällen kann der Rechtsnachfolger auch selbst zustimmen oder sich unterwerfen, wenn der Vorgänger dazu berechtigt gewesen wäre:

aa) Bei den vermögensrechtlichen Berechtigungen des öffentlichen Rechts steht dem Rechtsnachfolger das Recht der Ausübung zu. Er kann Steuerbefreiungen- und -erstattungen beantragen, wenn die Voraussetzungen dafür schon bei seinem Rechtsvorgänger bestanden haben. Er kann die Begleichung von rückständigen Gehaltsforderungen seines beamteten Rechtsvorgängers verlangen, soweit sie der Pfändung unterworfen sind.²⁾

Mit Einschränkungen kann er auch die Ansprüche auf Leistungen aus der Sozialversicherung (§ 119 RVO) sowie die Entschädigungsansprüche von Mitgliedern öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften geltend machen.

bb) Bezieht sich die Berechtigung oder Verpflichtung auf eine Sache, insbesondere ein Grundstück oder einen Betrieb, so bedarf es ihrer Erneuerung nicht, wenn die Anlage ohne Änderung der Lage oder Beschaffenheit auf den Rechtsnachfolger übergeht. Die Berechtigung hat dingliche Wirkung erlangt. Der einmal gestellte Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung oder Genehmigung einer gewerblichen Anlage (§§ 16, 24 BewO) behält daher auch Gültigkeit für den Rechtsnachfolger in dem Eigentum an dem Grundstück oder Betrieb.³⁾ Dieser wird Berechtigter aus der erteilten Genehmigung. Auf der

1) Nach § 17 VerschG kann ein anderer Antragsberechtigter an die Stelle des bisherigen Antragstellers treten, auch ohne sein Rechtsnachfolger zu sein.

2) Der Gehaltsanspruch des Beamten war nach früherem preußischen Recht unübertragbar, vgl. OTrüb. in StriethorstA 42, 179; RGZ 44, 190, und ist nach früherem Reichsrecht, § 6 RBG vom 18.5.1907, § 39 DBG vom 26.1.1937, und jetzigem Bundesrecht, §§ 84, 157 EEG, nur insoweit übertragbar, wie der Pfän-

3. August 1953 für den Antrag, mit welchem der Eigentümer eines zu enteignenden Grundstückes Ersatz für den Rechtsverlust durch Übertragung von Wohnungseigentum oder Eigentum an anderem Grundbesitz begehrt, nach Art. 48 des für die britische Besatzungszone und nach Art. 56 des für die amerikanische Besatzungszone erlassenen Gesetzes Nr. 59 über die Rückerstattung feststellbarer Vermögenswerte an Opfer der national-sozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen und nach § 5 des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. Januar 1938

Die Aufnahme einer Klageerhebung oder eines sonstigen Antrags zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle,¹⁾ der zuständigen Verwaltungsbehörde oder des Dienstvorgesetzten ersetzt auch das Schriftlichkeits-erfordernis. Das Protokoll bedarf in jedem Fall der Unterzeichnung durch den Antragsteller.²⁾

Von Behörden ausgegebene Formblätter für Anträge auf bestimmte Leistungen der Verwaltung haben idR nur die Bedeutung einer Anleitung an den Antragsteller, alle für die Entscheidung notwendigen Angaben vollständig und übersichtlich zu machen. Der Antragsteller braucht sich ihrer nicht zu bedienen; er kann trotz gegenteiligen Verlangens der Behörde seinen Antrag formlos stellen. Auch durch Verwaltungsanordnungen, in welchen häufig die Ausgabe bestimmter Antragsverdrücke angeordnet ist, zB in den Steuererrichtlinien, kann ein für die Zivilperson geltender Formzwang nicht aufgestellt werden.³⁾

1) § 53 VGVO, § 49 VGG, § 90 SozGG; nach § 496 ZPO nur im Verfahren vor den Amtsgerichten.

2) Dittus-Zinkahn: Baulandbeschaffungsgesetz, § 23 Anm. 7 (S. 300); Fischbach: BBG, § 30 Anm. 3.

3) Vgl. Rschr. d. BdI. v. 8.8.1951 = 25-1693/51-, in welchem für die Beantragung von Wiedergutmachungsleistungen nach dem Wiedergutmachungsgesetz für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes vom 11. Mai 1951 die Verwendung eines Formblattes angeordnet wird. - Für die Anträge von Behörden an übergeordnete Dienststellen kann auch durch Verwaltungsanordnungen die Verwendung von Formblättern bindend vorgeschrieben werden; so sind zB nach § 4 II der Durchführungsbestimmungen des Bundespräsidenten über die Ernennung und Entlassung der Bundesbeam-

ten der Geschäftsstelle gewählt wird (§§ 128, 147, 159, 161 FGG). In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist jedes Amtsgericht ohne Rücksicht auf die örtliche Zuständigkeit berechtigt und verpflichtet, Anträge zu Protokoll entgegenzunehmen.¹⁾

Schriftlichkeit wird im Zivil- (§ 253 ZPO) und im Verwaltungsgerichtsverfahren (§ 53 I VGVO, § 49 VGG, § 90 SozGG) für die Erhebung der Klage verlangt. Die Klageschrift "muß"²⁾ die Beteiligten, den Klagegegenstand und im Zivilprozeß auch den Klagegrund ausreichend bezeichnen. Sie "soll" auch den Wert des Streitgegenstandes³⁾ sowie die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angeben.⁴⁾ Mängel der Klageschrift verhindern eine rechtswirksame Klageerhebung nicht, sofern nur zum Ausdruck gebracht worden ist, daß eine Klage erhoben werden soll und Klagegegenstand, Beklagter und im Zivilprozeß auch der Klagegrund bezeichnet worden sind.⁵⁾ Eine spätere Heilung anderer Mängel ist möglich, indem der Kläger fehlende Angaben nachholt oder der Beklagte, dessen Interessen durch die Formvorschriften geschützt werden sollen, auf die Geltendmachung des Verstoßes verzichtet oder den Verstoß nicht rügt (§ 295 ZPO).

Schriftform ist im Zivilprozeß außer für den Klageantrag auch für die übrigen Sachanträge vorgesehen. Sachanträge müssen im Anwaltsprozeß zudem aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden; doch genügt eine Bezugnahme auf den Schriftsatz, in dem der Antrag enthalten ist, wenn das Gericht dies für ausreichend erachtet (§ 297 ZPO). Schriftform wird nach § 30 I 1 BBG⁶⁾ auch für den Entlassungsantrag des Beamten verlangt, nach §§ 15 II (26), 16 V Baulandbeschaffungsgesetz vom

1) Schlegelberger: FGG, § 11 Anm. 6 - 11.

2) § 253 II ZPO, § 54 I 1 VGVO, § 92 SozGG.

3) § 253 III ZPO, § 54 I 2 VGVO.

4) § 54 I 2 VGVO; vgl. auch § 190 BEG.

5) Klinger VGVO, § 54 Anm. A 1.

6) Ebenso früher § 60 I 1 DBG.

die eine oder andere Leistung zu fordern,¹⁾ wie zB im Zivilprozeß bei Klagen aus Alternativobligationen (arg. § 264 I BGB)²⁾, oder wenn dem Schuldner die Ersetzungsbefugnis zusteht (zB §§ 251 II, 528 I 2, 775 II BGB)³⁾. Zulässig sind dagegen Eventualanträge, so der Antrag des Hilfsbedürftigen, der in erster Linie auf Geldzuwendungen, hilfsweise auf Sachzuwendungen, zB Kleidung, oder andere Leistungen, wie Mietzahlung o.ä. gerichtet ist.

Unklarheiten und Zweideutigkeiten des Antrags gehen zu Lasten des Antragstellers; sie können zu einer für ihn ungünstigen Auslegung und selbst zur Zurückweisung aus formellrechtlichen Gründen führen. Wird zB ein Verleihungsantrag nach §§ 46 ff. des preuß. Wassergesetzes vom 7. April 1913 ohne Beziehung zu einem bestimmten Unternehmen gestellt oder entbehrt er eines ordnungsmäßigen Planes, genügt insbesondere der vorgelegte Plan nicht, um das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für die Verleihung zu prüfen, so kann er nach § 65 II als offenbar unzulässig verworfen werden.⁴⁾ Doch besteht eine Amtspflicht der Gerichte⁵⁾ und Verwaltungsbehörden,⁶⁾ in

1) KG v. 30.4.1931, HRR 1931 Nr. 1459; Güthe-Triebe: GBO. § 13 Anm. 22.

2) RGZ 53, 81.

3) RGZ 136, 127 (131); Rosenberg: ZPR, § 93 III 2 a; Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, S. 371 ff.

4) Holtz-Kreutz-Schlegelberger: Das Preußische Wassergesetz, § 48 Anm. 3.

5) § 139 ZPO, § 65 VGVO, § 75 I VGG, § 106 I SozGG; auch für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. KG vom 30.12.1924, DJZ 1925, 347; Schlegelberger: FGG, § 12 Anm. 4 Abs. 2.

6) Engelhard: Anfechtungsklage - Vornahmeklage, NJW 1956, 1377; Krien: Die Verwaltung des Güterkraftverkehrs, S. 79; Tezner: Das österreichische Administrativverfahren, S. 3; BVerwG vom 10.6.1955, NJW 1956, 634; § 63 der Bayer. Bauordnung vom 17. Februar 1901 (GVBl S. 87).

Die Benutzung amtlicher Formblätter schreiben mehrere Gesetze vor, so § 325 IV LAG für den Antrag auf Gewährung von Ausgleichszahlungen, § 16 II BVertrG für den Antrag auf Ausstellung eines Vertriebenenenausweises, § 12 der Bayer. Aufzugsordnung vom 18. Januar 1927 (GVBl S. 9) in Verbindung mit der Bekanntmachung des Bayer. StMdl.u.f.Arb.u.Soz.Fürs. vom 11.6.1954 (MABl S. 640) für den Antrag auf erstmalige Prüfung eines Bauaufzuges, § 10 des MeldeG von NRW vom 28. April 1950 (GVBl. S. 117). Damit ist für diese Fälle nicht nur zugleich das Erfordernis der Schriftlichkeit des Antrags, sondern auch die Form des schriftlichen Antrags festgelegt.

Die Zurücknahme des Antrags ist ebenfalls idR formlos gültig.¹⁾ Öffentlicher Beglaubigung bedarf jedoch die Erklärung, mit welcher der Antrag auf Eintragung in das Grundbuch zurückgenommen wird (§ 31 GBO), gleichgültig, in welcher Form der Antrag selbst zu stellen war.²⁾

18 Der Inhalt der Mitwirkungserklärung.

Antrag, Zustimmung und Unterwerfung müssen in ihrem Inhalt bestimm^t und umfassend sein, da sie Anknüpfungspunkt des hoheitlichen Handelns der öffentlichen Verwaltung sind. Auf den Gebrauch bestimmter Worte, insbesondere der genannten Begriffe, kommt es nicht an.

Anträge müssen ersehen lassen, welche Leistung von der angesprochenen Behörde verlangt wird. Daher sind sogen. alternative Anträge nur zulässig, wenn das materielle Recht den Antragsteller berechtigt, nach seiner Wahl

Bundesbeamten und Bundesrichter vom 15. Mai 1950 (BGBl I 209) für die Anträge der obersten Bundesbehörden bestimmte Muster zu verwenden.

1) Dittus-Zinkahn: Baulandbeschaffungsgesetz, § 26 Anm. 4; Keidel: FGG, § 128 Anm. 4, unter Berufung auf OLG 43, 204.

2) Güthe-Triebeil: GBO, § 31 Anm. 2.

wenn er von ihr begehrt wird. Der Antrag beruht also auf freiwilliger Entscheidung.

Ausnahmen bedürfen wieder der gesetzlichen Anordnung. Als solche sind zu nennen die §§ 67, 71 BGB, wonach der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins zur Anmeldung (= Antrag) von Änderungen des Vorstandes oder der Satzung zur Eintragung in das Vereinsregister verpflichtet ist. Der Zwang zur Anmeldung findet seine Begründung in dem öffentlichen Interesse an der Verlautbarung von Vorstands- und Satzungsänderungen; er dient dem Schutze der gutgläubigen Geschäftspartner des Vereins, die sich aus dem Vereinsregister jederzeit über seine rechtlichen Verhältnisse sollen informieren können.

Aus ähnlichen Erwägungen hat der Gesetzgeber auch in den folgenden Fällen eine Verpflichtung zur Anmeldung an ein staatliches Register ausgesprochen:

- a) bei Gründung eines vollkaufmännischen Unternehmens Firma und Ort der Niederlassung bzw deren Veränderung, §§ 29, 31 HGB; für die oHG und KG bestehen entsprechende Vorschriften in §§ 106, 107, 125, 143 usw HGB;
- b) bei Gründung einer juristischen Person des Handelsrechts, bei einer Änderung ihrer Firma und ihres Sitzes, einem Wechsel in der Person des Vorstandes usw, §§ 33, 34 HGB;
- c) das Erteilen und Erlöschen der Prokura, § 53 HGB;
- d) bei der AG die Änderung des Vorstandes, § 73 AktGes.; der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals, § 176; die Auflösung, § 204;
- e) Entsprechendes gilt für das Gebiet des GmbHGes., des GenGes., des VVG, der SchiffsregO. für die Eintragung von Seeschiffen;
- f) Nach § 82 GBO kann das Grundbuchamt dem Eigentümer des Grundstücks die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs

solchem Falle das Begehren des Antragstellers mit diesem zu erörtern und auf die Stellung von sachdienlichen, dh der Sach- und Rechtslage entsprechenden Anträgen hinzuwirken. Bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht ist die ergehende Entscheidung fehlerhaft und unterliegt der Aufhebung im Rechtsmittelverfahren.

Noch größere Anforderungen stellt die Rechtsprechung an die Aufklärungspflicht, wenn es sich um den Entlassungsantrag eines Beamten handelt. Hier gebietet die besondere Fürsorgepflicht der Anstellungskörperschaft für ihre Beamten, Erklärungen, die einen Verzicht auf so umfassende Rechte enthalten und u.U. zu dem Verlust einer gesicherten Lebensstellung und Altersversorgung führen können, nur dann zur Grundlage der Entlassungsverfügung zu machen, wenn sie "bestimmt, klar, unzweideutig, frei von Vorbehalten und keiner Auslegung bedürftig" sind.¹⁾ Wird der Beamte aufgrund eines Antrags entlassen, der diesen Anforderungen nicht entspricht, so muß die Behörde sich so behandeln lassen, als ob die Entlassung ohne Antrag vorgenommen worden wäre.

Beruhet die Unklarheit eines Antrags auf der Fassung des dazu benutzten amtlichen Vordrucks, würde es einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten, wollte die Behörde diesen Mangel dem Antragsteller zur Last legen; denn der Richtigkeit solcher Vordrucke wird der - meist rechtsunkundige - Antragsteller auch vertrauen.

§ 19 Die Freiwilligkeit der Mitwirkungserklärung.

Wenn der Gesetzgeber das Erfordernis eines Antrags, sei es als bloße Verfahrenseinleitung oder unter Einschluß einer Zustimmung oder einer Unterwerfung, angeordnet hat, so hat er idR das Privatinteresse höher bewertet als das öffentliche Interesse. Der Verwaltungsakt soll der Zivilperson nicht aufgedrängt werden, sondern nur dann ergehen,

1) PrOVG 78, 251; 97, 95 (100); RGZ 96, 302; 141, 246; 158, 125; Bad. VGH in DVBl 1951, 668.

sind nicht einhellig, ob der so zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke nur im sachlichen bzw örtlichen Bereich der genannten Gesetze Anwendung findet¹⁾ oder darüber hinaus im Wege der Rechtsanalogie auch auf andere, ähnlich gelagerte Fälle angewandt werden kann. Nur eine solche umfassende Geltung wird dem Wesen der "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte" gerecht, denn die Zustimmung muß nicht nur bei den "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten" der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder des Steuerrechts, sondern in jedem Falle im Augenblick der Entscheidung der Verwaltungsbehörde noch wirksam sein.²⁾ Sie wäre nicht mehr wirksam, wenn sich die Zivilperson mit dem ablehnenden Bescheid zufrieden gegeben hätte und eine weitere Verfolgung der Sache im Rechtsmittelverfahren nicht beabsichtigte.³⁾ Ist daher über die Ablehnung eines Antrags mit implizierter Zustimmung durch unanfechtbaren Bescheid oder rechtskräftiges Urteil entschieden worden, so wird der Wegfall der bis dahin wirksamen Zustimmung vom Gesetzgeber unwiderleglich vermutet, und ein neuer Antrag ist erforderlich.

Auch die Unterwerfungserklärung einer Zivilperson ist "verbraucht", wenn der Verwaltungsakt, dem sie sich unterwerfen will, nicht erlassen wird, so wenn der Vorsteher eines Finanzamtes die Straffestsetzung durch den Sachbearbeiter nicht genehmigt.⁴⁾

-
- 1) So anscheinend Josef: Streitfragen aus dem Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsverfahren, VerwA 30, 475 (482 ff.).
 - 2) So für das Patentrecht das Reichspatentamt in PatMustZeichBl 1909, 302.
 - 3) Für eine umfassende Geltung auch Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 108; Anders: Wiedergutmachung, S. 60; Jellinek: VR, S. 271
 - 4) §§ 445 II RAO, 2 II der VO über die Unterwerfung im Strafverfahren gem. § 410 RAO vom 1. November 1921 (RGBl I 1328).

zu stellen, wenn dieses infolge eines Rechtsüberganges außerhalb des Grundbuches nicht den richtigen Eigentümer ausweist.¹⁾

§ 20 Das Erlöschen der Mitwirkungserklärung.

Hat eine Behörde einen Antrag abgelehnt, so ist das zwischen ihr und der Zivilperson angebahnte Verfahren erloschen; der Antrag ist "verbraucht".²⁾ Erachtet die Behörde nachträglich den Antrag doch für gerechtfertigt, weil sie die Tatsachen anders würdigt oder zu einer anderen Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften gelangt, so besteht die Möglichkeit eines Widerrufs der Ablehnung und Erlass eines Verwaltungsaktes nach Maßgabe des ursprünglichen Antrags. Die Rechtswirksamkeit eines solchen Widerrufs hängt davon ab, ob es sich bei dem abgelehnten Antrag um einen bloßen Verfahrensanstoß handelt oder um einen Antrag mit implizierter Zustimmung. Nur für den letzteren gelten die Vorschriften der §§ 18 Halbs. 2 FGG, 93 Halbs. 2 RAO und § 142 II LVO für Thüringen vom 10. Juni 1926,³⁾ ebenso Art. 87 S. 1 WürttEVR0, die übereinstimmend formulieren: "Wenn eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, so darf die Verfügung nur auf Antrag geändert werden."⁴⁾ Die Meinungen im Schrifttum

- 1) Zur Durchsetzung der gesetzlichen Anordnungen haben die einzelnen Gesetze das Registergericht zur Festsetzung von Ordnungsstrafen angewiesen.
- 2) Apelt: Vertrag, S. 73; Becker: RAO, § 75 Anm. 5; Jellinek: VR, S. 271; Schlegelberger: FGG, § 18 Anm. 23.
- 3) In der Fassung des Gesetzes vom 22. Juli 1930 (GS. S. 123).
- 4) Einen neuen Antrag verlangen auch § 231 II BEG und Art. IV Abs. 1 S. 2 des dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung national-sozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 23. Dezember 1955 (BGBl I 820), wenn ein Antrag nach dem zuvor gelenden Recht durch unanfechtbaren Beschluß abgewiesen worden war. Gleichgültig ist, ob die Ablehnung aus sachlichen oder formellen Gründen erfolgt war. Vgl. Anders: Wiedergutmachung, S. 58; Blessin-Wilden: BEG, § 231, Anm. 5.

2. Abschnitt

Die Bedeutung der Mitwirkung für den Verwaltungsakt

1. Kapitel

Die historische Entwicklung der Meinungen

§ 21 Problemstellung.

Als wichtigstes Beispiel der Verwaltungsakte, die der Zustimmung der betroffenen Zivilperson bedürfen, wird immer wieder die Begründung des Beamtenverhältnisses genannt, ein Hoheitsakt, der auch in der Rechtsgeschichte aus rechtlichen und politischen Gründen oft im Brennpunkt des Interesses gestanden hat; denn das jeweilige Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ist seit jeher von wesentlicher Bedeutung für den juristischen Wert der Mitwirkung der Staatsbeamten an ihrer Ernennung gewesen. Stellvertretend für alle der Mitwirkung bedürftigen Akte soll daher an diesem Beispiel die historische Entwicklung der Meinungen dargestellt werden. Dabei ist es erforderlich, diesem geschichtlichen Teil einen breiteren Raum zu gewähren, als es das Thema der Arbeit vermuten läßt; denn die weltanschaulich-politischen Einflüsse, von denen auch die modernen Auffassungen nicht unberührt geblieben sind, können nur aus der Geschichte richtig gewürdigt werden.

§ 22 Der Vertrag der Patrimonialzeit.

Die Rechtsverhältnisse der Beamten haben ihren Ursprung in den Beziehungen der alten landesherrlichen Bediensteten zum Landesherrn. Bereits im 14. bis 15. Jahrhundert wurden die beiderseitigen Rechte und Pflichten in Anstellungsurkunden festgelegt, die als das Ergebnis einer vertragsmäßigen

Anträge als bloße Verfahrenseinleitung haben keinen Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des erstrebten Verwaltungsaktes. Bei ihnen ist daher auch ein erneuter Antrag bei einem Widerruf der Ablehnung des ersten nicht erforderlich.

beurteilt werden," sagt Gönnerin seinem bahnbrechenden Werk.¹⁾ Dieser Übergang zum öffentlichen Recht bei der Begründung des Beamtenverhältnisses konnte vorerst aber nur erreicht werden mit der Annahme einer allgemeinen Dienstpflicht der Untertanen. Das "ius munerum" ermächtigte den Staat, alles verlangen zu können, was zur Erreichung seiner Ziele erforderlich war, und in Ausübung dieses Rechtes war die Beamtenernennung ein öffentlich-rechtlicher Akt.²⁾ Sie gehörte nur dort noch zum Privatrecht, wo keine Dienstpflicht bestand; so wurde die Anstellung eines Ausländers weiterhin als privatrechtlicher Vertrag angesehen.³⁾

§ 24 Die Theorie von der "lex specialis".

Schon wesentlich mehr auf das Gefüge des modernen Staates zugeschnitten ist eine nach 1840 von Heinrich Albert Zachariae ausgehende Meinung.⁴⁾ Sie lehnte einen Vertrag als Entstehungsgrund ab, weil es im öffentlichen Recht wegen der fehlenden rechtlichen Gleichheit der Partner keine Verträge geben könne. Andererseits wird auch ein Zwang zur Übernahme eines Amtes abgelehnt.

Wenn nun Zachariae trotzdem in der Begründung des Beamtenverhältnisses einen einseitigen Staatsakt

-
- 1) Gönner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808, S. 83.
 - 2) Häberlin, aaO S. 15: "negotia publica iuris publici"; weitere Anhänger dieser Lehre: Karl Salomo Zachariae: Vierzig Bücher vom Staat, 5 Bde. Stuttgart und Tübingen 1820-1832, Bd. 4, S. 310 ff; Heffter: Beiträge zum Deutschen Staatsrecht I, Berlin 1829, S. 125 ff.; Perthes: Der Staatsdienst in Preußen, Hamburg 1838, insbes. S. 62 ff; Dahlmann: Politik, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1847, S. 271.
 - 3) Gönner: aaO S. 93.
 - 4) H. A. Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2 Bde., Göttingen 1841, 3. Aufl. 1865, Bd. 2, S. 140. 187 ff.

Übereinkunft beider Partner anzusehen sind.¹⁾

Die heutige Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Rechte war der damaligen Zeit allerdings fremd. Der Landesherr stand in einer Rechtsstellung zu seinem Staatsgebiet, die der eines Eigentümers entsprach; seine Justiz-, Steuer- und Zollhoheiten wurden als Berechtigungen betrachtet, die ihm wie einer Privatperson zustanden. Ebenso war auch das Verhältnis zwischen dem Landesherrn und seinen Bediensteten ein Dienstverhältnis wie zwischen zwei Privatpersonen. Daher ergab sich auch kein rechtlicher Unterschied zwischen dem Anstellungsverhältnis der landesherrlichen Beamten und der Bediensteten anderer "freier Herren". Die Rechtsstellung der Beamten und das Bedientenverhältnis des Hofgesindes entsprachen einander weitgehend. Daß der landesherrliche Beamte zum Hofgesinde gehöre, wurde noch bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts gelehrt.²⁾

§ 23 Einseitiger Staatsakt bei allgemeiner Dienstpflicht.

Den entscheidenden Schritt zur Anwendung öffentlichen Rechts als Frucht des erwachten Staatsbewußtseins taten Seuffert³⁾, Häberlein⁴⁾ und vor allem Gönner. "Staatsdienste gehören zum öffentlichen Recht und müssen aus der Natur des Staates aus sich selbst ohne Einmischung privatrechtlicher Normen

1) Brand: Beamtenrecht, S. 1; Huber: Die verfassungsrechtliche Stellung des Beamtentums, Festg. für H. Siber, S. 6; Rehm: Die Rechtsnatur der Beamtenanstellung, Ann. 1884, 571 ff.

2) Von der Becke war wohl der letzte, der diese Ansicht vertrat ("Von Staatsämtern und Staatsdienern", 1797, insbes. § 14).

3) Seuffert: Von dem Verhältnisse des Staates und der Diener des Staats im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg 1793.

4) Häberlin: Handbuch des Teutschen Staatsrechts, 2. Aufl., 1797, Bd. II 14 ff.

haben, nämlich Max v. Seydel¹⁾ und Paul Laband²⁾.

- I Diese Ansicht liegt einmal in der Auffassung vom Wesen des Staates begründet. Es ist im Grunde noch der alte Glaube an die Hoheitsrechte des Landesherrn. Nach Laband sind in monarchischen Staaten landesherrliche Gewalt und Staatsgewalt dasselbe.³⁾ Da der Kaiser die Regierungsgeschäfte des Reiches führe, seien alle Inhaber von Reichsämtern Gehilfen des Kaisers, da sie Geschäfte besorgen, welche "ideell dem Kaiser obliegen"⁴⁾.

Bei Rehm⁵⁾, einem Schüler Max v. Seydels, kommt der individualistische Charakter dieser Herrschertheorie noch stärker zum Ausdruck. Als Subjekte des Staatsdienstes kenner er nur "das Staatsoberhaupt als den gebietenden und den Staatsdiener als den gehorchenden Teil"; auch im konstitutionellen Staat, da "der Herrscher die Beschränkung, welche ihm die Verfassung auferlegt, sich selbst gegeben hat". Rehm sieht also das Staatsdienstverhältnis zwischen zwei natürlichen Personen.

- II. Der zweite Grund, weshalb die Begründung des Beamtenverhältnisses als Vertrag und nicht als einseitiger Staatsakt angesehen wurde, ist rechtspolitischer Natur. Er liegt darin, daß es sich um die Begründung von Pflichten handelt, die auf ethischer Basis beruhen. Treue und Hingebung lassen sich nicht erzwingen, sondern können nur versprochen werden aufgrund der freien Überzeugung des Bürgers von ihrem Dasein und Wert.⁶⁾

1) Max v. Seydel: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 59 ff.

2) Laband: Staatsrecht I 434 ff.

3) AaO S. 369.

4) AaO S. 370.

5) Rehm: Die Rechtsnatur der Beamtenanstellung, Ann. 1884, 571 ff.; 1885, 180 ff.

6) Gg. Jellinek: System, S. 211 (in der 1. Aufl. S. 200).

sehen wollte, mußte er einen anderen Rechtsgrund als den landesherrlichen Befehl finden, und das war die "lex specialis". Diese "lex specialis" nannte er einen "Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt"¹⁾. Sie sei kein Gesetz im eigentlichen Sinne, keine "lex generalis", sondern nur eine besondere Bestimmung über konkrete Verhältnisse. Außer der Beamtenernennung seien "Privilegien, Dispensationen, Konzessionen, Begnadigungen" auf "leges speciales" beruhende "Verfügungen".²⁾

25 Die Theorie vom öffentlich-rechtlichen Verträge.

Der Gedanke, daß das Beamtenverhältnis durch einen öffentlich-rechtlichen Unterwerfungsvertrag begründet werde, taucht erstmalig bei Schmitthenner auf.³⁾

Während er aber in der Übertragung der hoheitlichen Befugnisse noch eine "lex specialis" zu erkennen glaubt,⁴⁾ lehnt Mohl⁵⁾ die "lex specialis" und die gemischte Natur der Beamtenernennung ab. Er stellt das Dienstverhältnis als ein öffentlich-rechtliches, allein durch Vertrag begründetes, dar.

Mohls Theorie fand zuerst keinen Anklang, bis sich ihr zwei Gelehrte anschlossen, die einen großen Einfluß auf die deutsche Staatsrechtswissenschaft ausgeübt

1) AaO S. 139.

2) AaO S. 189. - Ebenso Gerber: Staatsrecht, S. 17 Note 11; Gg. Meyer: Staatsrecht, S. 363; Zorn: Staatsrecht I 305; Grotefend: VR I 53, allerdings ohne die Bezeichnung "lex specialis" zu gebrauchen, die von Bluntschli, Lehre vom modernen Staat I 603, und Schulze, Staatsrecht I 321, sogar abgelehnt wird.

3) Schmitthenner: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Gießen 1845, S. 498 ff., 506.

4) AaO S. 498.

5) Mohl: Encyklopädie der Staatswissenschaften, Freiburg i.Br. und Tübingen 1859, S. 252; in einem früheren Werk hält Mohl die Beamtenernennung noch für einen auf Regierungsdekret beruhenden einseitigen Staatsakt ("Staatsrecht des Königreichs Württemberg" II 96).

Kraft eines Vertrages verleiht. Daß jedoch nicht jede Willensübereinstimmung ein Vertrag ist, muß auch Jellinek anerkennen,¹⁾ während Laband den Schwierigkeiten dadurch auszuweichen versucht, daß er den Vertrag als einen "allgemeinen Rechtsbegriff" definiert, "ein auf die Übernahme gegenseitiger Verpflichtungen gerichteter Konsens"²⁾. Aber nur bei dieser weitgehenden Umschreibung läßt sich das, was bei der Beamtenernennung zwischen Staat und Zivilperson vorgeht, als Vertrag bezeichnen.

Die Vertragstheorie unterscheidet richtig zwischen dem Dienstverhältnis und der Amtsbefugnis des Beamten. Nur das Dienstverhältnis soll durch Vertrag begründet werden, während die Übertragung eines Amtes kraft des nun bestehenden Unterordnungsverhältnisses durch einseitigen Staatsakt erfolge.³⁾

Während v. Seydel und Rehm in der Begründung des Dienstverhältnisses einen gemischten Vertrag sehen, mit einer staatsrechtlichen und einer privatrechtlichen vermögensrechtlichen Seite,⁴⁾ konstruieren ihn Laband und Jellinek als einen "Herrschaftsvertrag auf Seiten des Staates und einen Unterwerfungsvertrag auf Seiten des Einzelnen"⁵⁾, durch den nach Laband auch die Pflicht zum Unterhalt des Beamten begründet wird.⁶⁾ Nach Jellinek ist nur die Unterwerfung Gegenstand des Vertrages, "Rechte und Pflichten werden vom Staat einseitig festgesetzt"; sie sind nicht vertrags- sondern gesetzmäßig.⁷⁾

Beweise im positiven Recht findet die Vertragstheorie ~~nach~~ ⁱⁿ Art. 48 ff. des württ. Beamtengesetzes von 1876, die von "vertragsmäßigen Zusicherungen"

1) AaO S. 218.

2) Staatsrecht I 449.

3) Jellinek, aaO. I. Aufl., S. 170; Laband, aaO., S. 449.

4) Rehm, Ann. 1885, 216.

5) Jellinek: Ausgewählte Schriften II 297.

6) AaO S. 434.

7) System, S. 212.

III. Einen Beweis für die Unmöglichkeit eines einseitigen Aktes wollte man auch darin sehen, daß einige Verfassungen das Recht der freien Berufswahl als "einen integralen Bestandteil" des "status libertatis" des Einzelnen anerkannt haben.¹⁾ Der "status libertatis" spielt bei der Begründung der Vertragstheorie eine große Rolle. Man hatte den Herrscher als die alles übertragende Gewalt hingestellt, mußte aber die freiheitliche Stellung des Bürgers berücksichtigen, die ihm durch das geltende Staatsrecht schon eingeräumt worden war. Dazu paßte der von Gg. Jellinek entwickelte Begriff des "status libertatis", eines Raumes im persönlichen Bereich des Einzelnen, dessen Grenzen die Staatsgewalt nicht überschreiten könne.²⁾ Außerhalb dieses "status libertatis" gelte das allgemeine Untertanenverhältnis,³⁾ die Staatsgewalt wirke ungehindert, und ihre Akte seien an keine Zustimmung des Betroffenen gebunden. Daher konnte man die Beamtenernennungen nur innerhalb des "status libertatis" verlegen. Hier sollte sich dann beide Individuen, Herrscher und Untertan, als gleichberechtigt gegenüberstehen; denn nur dort, wo der Wille eines jeden der beteiligten Partner von gleichem juristischen Wert sei, sei Raum für einen Vertrag, und dieser sei die einzig mögliche Form, in welcher der Staat Menschen zu den Dienstleistungen eines Beamten verpflichten könne.⁴⁾

Daraus ist ersichtlich, daß die Vertragstheorie eigentlich nur eine Reaktion auf die Lehre vom Staatsdienstzwang ist.

IV. Nach schuldrechtlichen Grundsätzen gehören zu einem Vertrag zwei sich ergänzende Willenserklärungen und ein Rechtssatz, der dieser Einigung die bindende

1) Gg. Jellinek: System, S. 211.

2) Eine "staatsfreie Sphäre": Jellinek, S. 86.

3) Der "status subjectionis", S. 86.

4) Jellinek, aaO S. 218 f.

Vertrag. Auch der konzessionsmäßige Eisenbahnrückkauf sowie die Legitimation eines unehelichen Kindes und die Genehmigung der Adoption wurden von der Vertragstheorie zu Verträgen gemacht.

Die wissenschaftliche Autorität Labands verschaffte der Vertragstheorie viele Anhänger; so wurde sie, außer von den genannten Autoren, vertreten von Beling¹⁾, Beyer²⁾, Buddeberg³⁾, van Calker⁴⁾, Friedrichs⁵⁾, Grosch⁶⁾, Husserl⁷⁾, Loening⁸⁾, Schelcher⁹⁾ und a.m.¹⁰⁾ sowie noch in neuester Zeit von Brönner¹¹⁾ und v. Turegg¹²⁾, der aus politischen Gründen einen Vertrag annimmt. Er möchte damit die Unterscheidung zwischen Beamten und Angestellten aufheben; denn "eine vom Volk abgeschlossene Beamtenkaste" scheint ihm durch diese Gleichsetzung mit der Begründung des Angestelltenverhältnisses vermeidbar. Auch die Rechtsprechung folgte Laband ungefähr von 1885 bis 1914¹³⁾

-
- 1) Beling: StPrR, S. 172.
 - 2) Beyer: Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten, VerwA 1927, 226.
 - 3) Buddeberg: Rechtssoziologie des öffentlichen rechtlichen Vertrages, AöR nF 8, 85 (156).
 - 4) van Calker: Grundzüge, S. 32.
 - 5) Friedrichs: Die Anstellung der Beamten, SJZ 1928, 87.
 - 6) Grosch: Der Staat als Kontrahent, JöR 1911, 269.
 - 7) Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 77.
 - 8) Loening: VR, S. 119 f.
 - 9) Schelcher: Die rechtliche Natur und die Wirkungen der Eisenbahnkonzession, FischersZ 20, 105, III Note 1.
 - 10) Kessler: Kapitalverkehrssteuer-Gesetz, Anm. zu § 7; Seidler: Die rechtliche Natur der Anstellung im öffentlichen Dienst, ZöR 12 (1932), 298.
 - 11) Brönner: Kapitalverkehrssteuer-Gesetz, § 37 Anm.
 - 12) Turegg: VR, S. 329.
 - 13) Vgl. RGZ 53, 427; 63, 432.

sprechen, während der Anstellung nach § 32 des Reichsbeamten-gesetzes von 1873 eine "Verfügung" zugrunde liegt.

V. Wie wird dieser öffentlich-rechtliche Vertrag nun von dem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis der ~~Pär~~ trimonialzeit unterschieden? Hier geht Laband einen seltsamen Weg: Nach seiner Argumentation unterscheidet sich der Eintritt in den Staatsdienst von den Vorgängen des Privatrechts durch "Bestimmung und Zweck der versprochenen Dienste", denn der Staatsbeamte sei tätig zur "Förderung und Durchführung staatlicher Aufgaben", und "nur durch diese Zwecksetzung gehöre der Staatsbeamtenvertrag dem öffentlichen Recht an, wegen ihrer sei er der Beurteilung nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten unterworfen, und sie allein unterscheide das Rechtsverhältnis der Staatsbeamten von dem der technischen und wirtschaftlichen Beamten (!) der juristischen und physischen Privatpersonen",¹⁾

Aber gerade diese Methode, das sogen. "Zweckmoment" zur Begriffsbestimmung zu verwenden, verwirft er an anderer Stelle seines Werkes mit Recht ganz entschieden als einen "Abweg".²⁾

Auch v. Seydel stellt auf den Zweck ab und auf die Rechtsquelle, aus welcher der Vertrag seine Wirksamkeit ableite, und das sei der Herrscherwille.³⁾

VI. Eine entsprechende Haltung wird von der Vertragstheorie auch für die Aufnahme eines Ausländers in den Staatsverband eingenommen. § 7 des RuStAngG macht die Verleihung von einem Antrag des Aufzunehmenden abhängig. Dieser Antrag ist nach Laband "eine ausdrückliche Willenserklärung, eine rechtsgeschäftliche Mitwirkung"; daraus ergebe sich die "Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäfts"⁴⁾, und das sei wieder ein

1) Laband: Staatsrecht I 443.

2) Ders. aaO S. 67.

3) v. Seydel: Grundzüge, S. 59, 62; Rehm: Die Rechtsnatur der Beamtenanstellung, Ann. 1885, 118

4) Laband, aaO S. 167 Note 1.

Eine Gleichstellung kann auch nicht dadurch erreicht werden, daß man die Zivilperson als Subjekt des staatsfreien "status libertatis" begreift;¹⁾ denn auch im demokratischen Staat schließt letztlich "die kollektive Majestät der zum Staate geformten Volksgewalt jede Absolutheit von Freiheiten und Rechten der Staatsunterworfenen aus"²⁾. Die Gewalt des Staates ist potentiell "eine allseitige und nur gehemmt durch die Ordnung der Verfassung" und das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. O. Mayer hat diesen Gedanken von der "bindenden Kraft des Staatswillens" bereits 1883 in einer Studie "Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge"³⁾ in seinen Grundzügen entwickelt und auf diesen Ausgangspunkt seine Theorie gegründet, die der Lehre von den "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten" die entscheidende Richtung gegeben hat.

Es widerspricht unserer heutigen Auffassung von der verfassungsmäßigen Freiheit des Individuums, aber wer könnte die gesetzgebenden Organe daran hindern, durch Gesetz die allgemeine Pflicht aufzuerlegen, Beamter zu werden⁴⁾ oder die Staatsangehörigkeit des Gastlandes anzunehmen, so wie eine Pflicht zum Dienst des Schöffen, Geschworenen, Ehrenbeamten und Vormund schon besteht? so wie der männliche Staatsbürger auf Grund der allgemeinen Wehrpflicht notfalls sogar sein Leben für die Gemeinschaft einsetzen muß?⁵⁾

1) Gg. Jellinek: System, S. 86.

2) Thoma: Staatsrecht I 608.

3) AöR 3, S. 1 ff.

4) So zB in einigen Kantonen der Schweiz; vgl. Fleiner: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 239 ff.

5) Schon Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 56, hat das - allerdings noch aus der Untertanenschau des monarchischen Staates - richtig erkannt: "Zwischen dem Steuerzahler, dem Vormund, dem Geschworenen und dem angestellten Richter ist in dieser Richtung kein Unterschied: Ihre Pflichten haben ihre Grundlage in dem Abhängigkeitsverhältnis von der Staatsgewalt. Auch das einfache Untertanenverhältnis ist in gewissem Grade ein freiwilliges, insofern, als man die Aufnahme in den Untertanenverband und das Ausscheiden daraus innerhalb der gesetzlichen Grenzen nach eigenem Willen betreiben oder vermeiden kann."

2. K a p i t e l

Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte

§ 26 Der "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" nach O. Mayer.

- I. Die Vertragstheorie mußte ihren Überwinder finden, als man gelernt hatte, den Beamten nicht mehr als den Vertreter des Monarchen anzusehen, sondern als Glied der Staatsorganisation.¹⁾ Die Organstellung des Beamten bedingt, daß in seinem Verhältnis zur Staatsorganisation auch das Recht dieser Organisation, nämlich öffentliches Recht, Anwendung findet; denn nur der Staat und die von ihm mit diesem Recht ausgestatteten juristischen Personen des öffentlichen Rechts können Beamte anstellen, denen dieser Status eigen ist.²⁾

Die Anstellung des Beamten durch öffentlich-rechtlichen Vertrag muß schon an der fehlenden Gleichwertigkeit der Partner scheitern. Diese Gleichwertigkeit ist eine Voraussetzung für den Abschluß eines Vertrages; denn "nicht der eine soll die Rechtswirkungen erzeugen und der andere sich das gefallen lassen, sondern beide zusammen müssen sie geschaffen haben; denn ist es ein Vertrag".³⁾ Eine Gleichwertigkeit liegt aber dort nicht vor, wo der eine Partner auf Grund der Übereinkunft dem Willen des anderen in der Weise unterworfen wird, daß er in Zukunft auf die Gestaltung des beiderseitigen Verhältnisses keinen Einfluß mehr haben soll, wie das bei der Begründung des Beamtenverhältnisses der Fall ist.⁴⁾

1) Heyland: Das Berufsbeamtentum, S. 44: "Glied in der Gesamtperson Staat". Klüber: Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht, VerwA 40, 120: "Die Organstellung des Beamten im Gegensatz zu dem auf privatrechtlichem Dienstvertrag beruhenden Arbeitnehmerverhältnis".

2) Vgl. oben S. 25.

3) O. Mayer: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage, AöR 3, 40

4) Apelt: Vertrag, S. 103, 105; O. Mayer: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage, AöR 3, 42; Meyer-Anschütz: Staatsrecht, S. 577; Schulze: Staatsrecht I 321.

ab, da die notwendige gesetzliche Grundlage niemals durch die Einwilligung des Betroffenen ersetzt werden könne.¹⁾ Herrnritt nennt diese Akte "Verwaltungsakte auf Willensübereinstimmung" und weicht damit auch wohl in der Sache von O. Mayer ab, denn er setzt voraus, "daß eine derartige Willensübereinstimmung vom Gesetze verlangt oder wenigstens ein Übereinkommen durch das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen wird".²⁾ Apelt wieder beschränkt die Lehre O. Mayers auf die Begründung von sogen. Statusverhältnissen (Beamtenernennung usw) und auf "Unterwerfungen" im Steuer- und Zollrecht.³⁾ Im österreichischen Verwaltungsrecht wird sie auch heute noch vertreten.⁴⁾

Aber trotz der bedeutenden Anhängerschaft im Schrifttum hat sich die Rechtsprechung nur zögernd zu O. Mayer bekannt, etwa ab 1914, und ist ihm in der Behandlung der Fehlerfolgen später gar nicht mehr gefolgt.

III. O. Mayer legt das ganze Schwergewicht des Begriffs in das staatliche Handeln. Die Einwilligung sei nur e i n e Voraussetzung, e i n e Bedingung für den Verwaltungsakt, der kraft des ihm innewohnenden Staatswillens für sich allein, ohne weitere positive Voraussetzung, fähig sei, den Einzelnen rechtlich wirksam zu bestimmen. Ist einmal ein Irrtum unterlaufen, lag die Einwilligung nicht vor, so

- 1) Anschütz: Staatsrecht, S. 577; ders.: Anm. zu W. Jellineks Abhandlung "Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung", JW 1927, 428
- 2) Herrnritt: VR, S. 445.
- 3) Apelt: Vertrag, S. 105 ff.; ebenso Klüber: Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht, VerwA 40 (1935), 113 ff., der auch nur insoweit der Terminologie O. Mayers folgt; vgl. unten S. 82 f
- 4) Adamovich: Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts I 62, mit weiteren Nachweisen aus der österreichischen Rechtsprechung.

II. Da aber ein solches Gesetz nicht besteht, so folgert O. Mayer, muß der Staat auf andere Weise versuchen, sich die nötigen Dienstleistungen zu verschaffen. In diese Lage versetzt ihn die Zustimmung des Staatsbürgers, seine freiwillige *U n t e r w e r f u n g* unter die Staatsgewalt. "Dadurch werden die verfassungsmäßigen Hemmungen beseitigt, und soweit dies der Fall ist, wirkt die allseitige Untertanschaft sofort wieder frei."¹⁾ Diese auf eine freiwillige Unterwerfung hin ergangenen Verwaltungsakte nannte O. Mayer "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" und sah als Hauptbeispiele außer der Beamtenernennung auch die Verleihung der Staatsangehörigkeit, die Legitimation eines unehelichen Kindes und die Bestätigung der Adoption an, also Staatsakte, die sich nach dieser Auffassung harmonisch in das allgemeine Verwaltungshandeln einordnen lassen und in ihrer Beurteilung allein dem Verwaltungsrecht unterliegen.²⁾

O. Mayers Lehre hat starken Anklang gefunden; Preuß³⁾, Fleiner⁴⁾, Kormann⁵⁾, v. Keller-Trautmann⁶⁾ haben sie ungeteilt übernommen. Auch Anschütz pflichtet O. Mayer bei, doch lehnt er eine Unterwerfung als "Gesetzesersatz"

-
- 1) O. Mayer: VR I 98: "Man müßte sich daher die verfassungsmäßigen Vorbehalte, welche die Belastung ohne Gesetz ausschließen, mit der stillschweigenden Klausel denken: Es sei denn, daß der Betroffene zulässigerweise seine *Einwilligung* erklärt."
 - 2) Auch nach französischem und sowjetischem Verwaltungsrecht ist die Beamtenanstellung ein einseitiger zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt; vgl. Jèze: Das Verwaltungsrecht der Franz. Republik, S. 79 ff.; Studenikin: Sowjetisches Verwaltungsrecht, S. 171.
 - 3) Preuß: Das städtische Amtsrecht, S. 86 f., 96 f.
 - 4) Fleiner: Institutionen, 1. Aufl., S. 142 ff., 161; anders die 8. Aufl., S. 194, 204 Note 72.
 - 5) Kormann: System, S. 172, 272. Soweit durch "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" im Sinne O. Mayers Rechtsverhältnisse begründet werden, die gegenseitige Rechte und Pflichten zum Gegenstand haben, nennt Kormann sie "gegenseitige Rechtsgeschäfte", ohne sich aber sachlich von O. Mayer zu unterscheiden.
 - 6) v. Keller-Trautmann: Komm. zum Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz, § 16 Anm. II 1, S. 214 f

schwebende Wirksamkeit der Entlassung müßte der Billigkeit widersprechen, da der Beamte eine gesicherte Lebensstellung und Altersversorgung verliert, wenn die Entlassung einmal ohne gültige Zustimmungserklärung oder abweichend von ihr vorgenommen wurde; zur Rückgängigmachung bliebe der Beamte auf den oft langwierigen Beschwerde- (jetzt Klage-) weg angewiesen. Auch andere "Verwaltungsakte auf Unterwerfung", die ohne Antrag ergangen sind und Pflichten für den Betroffenen begründen oder seine Rechte mindern, müßten erst befolgt werden, ehe eine Anfechtung zum Erfolge führen könnte. Das hat die Gerichte veranlaßt, der Lehre O. Mayers in diesem Punkte keine Folge zu leisten.

§ 27 Der "zweiseitige Verwaltungsakt" nach W. Jellinek.

- I. Ihre theoretisch-wissenschaftliche Begründung erhielt diese neue, aus einem praktischen Bedürfnis entwickelte Auffassung der Rechtsprechung durch W. Jellineks Lehre vom "zweiseitigen Verwaltungsakt".¹⁾ Jellinek wollte damit einen Zwiespalt zwischen Gerichtspraxis und Schrifttum überbrücken, der darin bestehe, daß die Praxis Verwaltungsakte kenne, die keine "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" seien, weil die fehlende Einwilligung Nichtigkeit zur Folge habe, aber auch keine öffentlich-rechtlichen Verträge, weil der staatliche Wille irgendwie überwiege.²⁾ Indem Jellinek der Zustimmung der Zivilperson ebenso viel Wichtigkeit beimißt wie dem Handeln des Staates selbst, sucht er ein Element der Vertragslehre mit der öffentlich-rechtlichen Verfügung zu verbinden. Hieraus erfährt auch die Bezeichnung ihre Begründung. Der "zweiseitige Verwaltungsakt"

1) Jellinek: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festg. für das Preuß. OVG, 1925, S. 84 ff.; ders.: VR, S. 249 ff.
2) Festg., S. 97, unter Verweisung auf PrOVG 78, 251, und die ~~Mitt.~~ **CS. 770** zit. Rechtsprechung.

sei der ergangene Verwaltungsakt nicht nichtig, sondern nur mangelhaft; und sein weiterer Bestand hänge davon ab, inwieweit Zuständigkeiten zu seiner Beseitigung, etwa durch Anfechtung, gegeben seien.¹⁾ Ein obrigkeitlicher Ausspruch bezeuge dadurch, daß er erlassen und kundgemacht worden sei, auch das Vorliegen der Voraussetzungen seiner Gültigkeit.²⁾ Diese Ansicht erklärt sich aus der Parallele zum gerichtlichen Urteil, in welche der Verwaltungsakt durch die Definition O. Mayers gebracht wird;³⁾ es müssen schon Fehler ganz grober Art sein, um einen richterlichen Ausspruch als unwirksam bezeichnen zu können.

Gegen diese bloße Anfechtbarkeit bei fehlender Zustimmung richtete sich der Widerspruch der Gerichte. So behandelte das Preuß. OVG die in Abweichung von dem Antrag des Beamten erfolgte Versetzung in den Ruhestand als ungültig;⁴⁾ ebenso das Reichsgericht die Einstellung eines minderjährigen Freiwilligen in das Heer ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.⁵⁾ Dann bezeichnete das Reichspatentamt ein Patent als nicht erlangt, weil der Antragsteller n a c h dem zusagenden Beschluß des Patentamts, aber noch v o r dessen Zustellung, den Antrag zurückgenommen hatte.⁶⁾ Bei diesen Beispielen, die aus einer Menge gleichgerichteter Entscheidungen⁷⁾ herausgegriffen sind, handelt es sich um Fälle, in denen der Verwaltungsakt dem Betroffenen nicht nur Vorteile, sondern auch Nachteile gebracht haben würde. Beachtenswert ist das Beispiel der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, die von O. Mayer ebenfalls als "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" angesehen wird. Die

1) VR I. S. 98, II. S. 149 Note 9. So auch die auf S. 68 ~~u.~~
~~59 Note 1-6~~ angeführten Autoren.

2) VR II, S. 151.

3) VR I. S. 93.

4) PrOVG 78, 251.

5) RGSt 19, 289; 20, 83; 56, 19; RGZ 107, 329.

6) PatMustZeichBl. 1909, 302.

7) Siehe ferner RG in JW 1917, 225; RGZ 90, 302.

Zivilperson behalten. Daher nennen Jellinek und Forsthoff diese Akte auch weiterhin "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" und führen als Hauptbeispiel § 94 Ziff. 2 RAO (§ 76 der alten Fassung) an, der bestimmt, daß ein Steuerbescheid mit Zustimmung des Steuerpflichtigen zurückgenommen oder geändert werden kann. Die zustimmungslose Rücknahme oder Änderung ist nach einhelliger Meinung im Steuerrecht nur im Rechtsmittelverfahren zu bekämpfen.¹⁾

III. Im Ergebnis wird Jellineks Theorie vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" heute weitgehend gebilligt, so von Brand²⁾, Drews³⁾, Fischbach⁴⁾, Fleiner⁵⁾, Forsthoff⁶⁾, Huber⁷⁾, Peters⁸⁾ und a.m.⁹⁾ Auch die Rechtsprechung folgt ihm geschlossen.¹⁰⁾

VI. a) Doch hat es mit Recht auch nicht an Widerspruch gefehlt. So muß schon die Bezeichnung "zweiseitiger"

1) Becker: RAO, § 76 Anm. 3; Berger: RAO, § 94 Anm. 2 (S. 55); Kühn: RAO, § 94 Anm. 3b; Schlüter: Die Änderung von Steuerbescheiden, StW 1948, 583; RFH v. 4.11.1931, ReichsStBl 1932, 3 = AS 30, 18.

2) Brand: Beamtenrecht, S. 63; ders.: DBG, §§ 32-34 Anm. 12 (S. 397).

3) Drews: Polizeirecht, S. 97.

4) Fischbach: Die Begründung und die Beendigung des Beamtenverhältnisses, DV 1938, 18; ders.: DBG, § 1 Anm. II 1; ders.: BBG, § 6 Anm. I 2; ders.: Landesbeamtengesetz von Berlin, § 2 Anm. I 2.

5) Fleiner: Institutionen, 8. Aufl., S. 204; anders die vorhergehenden Auflagen.

6) Forsthoff: VR, S. 189 f.

7) Huber: WVR II 728 f.

8) Peters: VR, S. 153.

9) Bachof: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 378 (390); v. Basse: Grundfragen des Beamtenrechts, S. 20; Baur: VRspr. 1, 513; Bender: Allgemeines VR, S. 95; Bochalli: BBG, § 12 Anm. 3; Friedrichs: Der Allgemeine Teil des Rechts, S. 89; Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR 56, 338; Klinger: VGVO, § 23 Anm. II 2 d (S. 132); Nischk: Kommunalbeamtenrecht, S. 10; Otto: Die Nichtigkeit von Beamtenernennungen, ZBR 1955, 1 (5).

10) Vgl. RGZ 114, 122; 120, 63; 126, 245; RG in JW 1938, 1528; Württ.-Bd. VGH in DV 1949, 404; Hess. VGH in DV 1949, 501.

besteht aus zwei ungleichen Teilen, einer "privaten" Willenserklärung der Zivilperson und einer öffentlich-rechtlichen "Willenserklärung" der Behörde, wobei die rechtliche Wirkung vom Ausspruch des Staates ausgeht. Fehlt aber die "private" Willenserklärung oder wird sie bis zum wirksamen Erlaß des Verwaltungsaktes zurückgenommen, so sei der ganze Akt nichtig,¹⁾ weil er nicht ohne Antrag ergehen "könne"²⁾.

II. Der "zweiseitige Verwaltungsakt" deckt sich jedoch nicht mit O. Mayers "Verwaltungsakt auf Unterwerfung". Jellinek erkennt auch Verwaltungsakte an, die nur auf Antrag ergehen "dürfen", wobei dem "dürfen" ein rechtlich geringeres Gewicht zugestanden wird, dh, das Wertverhältnis verschiebt sich hier zugunsten des Verwaltungsaktes und zuungunsten des Antrags. Daher gehören sie nach Jellinek zu den "urteilsähnlichsten, höchstwertigen Verwaltungsakten", die nicht nichtig sind, wenn sie ohne Mitwirkung des Betroffenen erlassen werden, sondern nach Anfechtung aufgehoben werden müssen (S. 100).

Es handelt sich dabei nach seiner Ansicht um solche Verwaltungsakte, die idR ohne Antrag ergehen, aber unter besonderen Umständen von der Einwilligung der Zivilperson abhängig sind, so vor allem die nachträgliche Änderung bereits ergangener Verwaltungsakte. Die Annahme einer bloßen Vernichtbarkeit dieser Verwaltungsakte bei fehlendem Antrag bejaht auch Forsthoff, VR, S. 190, und findet ihre Rechtfertigung in der Erwägung, daß der Antrag hier nur für einen Ausnahmefall der im übrigen "zur freien Initiative der Verwaltung stehenden Materie" vorgesehen sei. Da dem Antrag dabei nur ein geringerer rechtlicher Wert zukomme, müsse der Verwaltungsakt bis zur rechtskräftigen Aufhebung seine volle Wirksamkeit für die betroffene

1) Bereits in seiner ersten Schrift "Der fehlerhafte Verwaltungsakt" trat Jellinek für Nichtigkeit ein, S. 33, 81; ferner in der Besprechung von Kormanns "System", KritVJSchr. 50, 293 (305)

2) Festg., S. 97, 106.

"Dieses ist dann ein Vertrag, und der angebliche Verwaltungsakt etwa ein Vertragsangebot oder eine Vertragsannahme, nicht aber eine Art des Verwaltungsaktes." ¹⁾

c) Es muß auch weiter gefragt werden, ob die Lehre vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" noch aufrechterhalten werden kann, nachdem die Generalklausel in die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt worden ist. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte war von ihrer Gründung im vorigen Jahrhundert bis vor wenige Jahre nicht durch die Generalklausel bestimmt, sondern sie reichte, mit Ausnahme einiger deutscher Länder, ²⁾ so weit, wie Rechtsstreitigkeiten durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift ihrer Entscheidung zugewiesen waren.

Da unter diesem Enumerationsprinzip eine verwaltungsgerichtliche Anfechtung vieler Verwaltungsakte nicht möglich war, ist nur zu verständlich, daß die Gerichte bei der Entscheidung zugelassener oder inzidenter zur beurteilender Fälle zu einer Ausweitung der Nichtigkeitsgründe neigten, um dem Betroffenen zu helfen. ³⁾ Auch Jellinek hat auf die enge Verbindung seiner Lehre mit dem Rechtsschutzproblem hingewiesen. ⁴⁾ Diese Begründung kann aber heute, unter der Herrschaft der Generalklausel, ⁵⁾ keine Geltung

1) Wolff: VR I § 48 IV.

2) So in Bremen, Hamburg, Lübeck, Thüringen und Württemberg.

3) Sehr häufig bei der Inanspruchnahme aufgrund des Reichsleistungsgesetzes in den ersten Jahren nach Kriegsende; vgl. LG Hagen in DRZ 1947, 132; Bezirks-Verwaltungsgericht Bln-Zehlendorf in JR 1947, 126; LG Osnabrück in MDR 1948, 48, mit ablehnender Anm. von Hornig; LG Osnabrück in DV 1948, 39; LG Kiel in DV 1949, 187; Hess. VGH in DV 1949, 191, mit ablehnender Anm. von Naumann.

4) Festg., S. 111; ebenso E.v. Hippel: Fehlerhafter Staatsakt, S. 79 ff.; Nipperdey in Bensch. Slg. 5, 259 und 167 = JW 1929, 1303

5) Daß auch jetzt eine Reihe von Hoheitsakten noch nicht justiziabel geworden ist, hat H. Schneider in seiner Abhandlung "Gerichtsfreie Hoheitsakte", insbes. S. 27 ff., nachgewiesen

Verwaltungsakt" Befremden erregen, und sie wird vielfach auch von den Anhängern der Lehre Jellineks abgelehnt; denn sie tritt mit der Natur des Verwaltungsakts in Widerspruch, der nur ein einseitiger sein kann.¹⁾

b) Aber auch sachlich kann der Theorie vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" nicht gefolgt werden, ohne daß jedoch ihre wesentliche Fortentwicklung der Gedanken O. Mayers bestritten werden soll. Es ist das Verdienst W. Jellineks, darauf hingewiesen zu haben, daß nicht bei allen Verwaltungsakten, die der Einwilligung der Zivilperson bedürfen, diese Einwilligung die gleiche Bedeutung gegenüber dem zu erlassenden Staatsakt haben kann, wie es noch O. Mayer lehrte. Aber während dieser die Mitwirkung der Zivilperson unterschätzt hat, wird sie von der Lehre Jellineks überbewertet, was aus ihrer Stellung als Reaktionstheorien genügend zu erklären ist. Jellinek betont zwar, daß beim "zweiseitigen Verwaltungsakt" die alleinige rechtliche Wirkung vom Ausspruch des Staates ausgehe, aber er mißt der Zustimmung des Betroffenen das gleiche Gewicht bei, soweit es sich bei ihrem Fehlen um die Frage der Rechtsgültigkeit des Verwaltungsakts handelt. Obwohl beide Teile des "zweiseitigen Verwaltungsakts" dem öffentlichen Recht angehören, sind sie in Wahrheit doch so verschiedenartig und verschiedenwertig, daß sie zu einem einheitlichen Akt, wie ihn der "zweiseitige Verwaltungsakt" darstellen soll, nicht zusammengefügt werden können, ohne daß Jellinek seine vorhergehende Behauptung, die Rechtswirkung beruhe allein auf dem Ausspruch des Staates, wieder nahezu entwertet hätte.²⁾ Wenn die Zustimmung nicht nur die Rechtswirksamkeit, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bedingt, so hat sie "Einfluß nicht nur auf den Bestand, sondern auch auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses".

1) Forsthoff: VR, S. 189; Fischbach: DBG, § 1 Anm. II 1.

2) Elleringmann: Die rechtliche Natur der Beamtenan-

nur auf Antrag erlassen werden "dürfen"? Doch der Schein trügt! Wenn der Gesetzgeber die Formulierungen "kann nicht", "darf nicht", "unzulässig" gebraucht, will er damit sagen, daß ein bestimmter Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge nicht haben soll. Es handelt sich um gesetzstechnische Ausdrücke mit grundsätzlich demselben Sinngehalt. Sachlich besteht keine allgemeine Differenzierung, daß etwa "kann nicht" diese, "darf nicht" jene und "unzulässig" eine dritte Rechtsfolge meint. Die genannten Vorschriften bestätigen diese Ansicht geradezu; denn durch die Zurückweisung des ersten Antrags ist das Verfahren erledigt, der Antrag "verbraucht", und die "zwischen Staat und Einzelnem angebahnte Rechtsbeziehung erloschen"¹⁾. Sofern nicht der seltene Fall der materiellen Rechtskraft des abweisenden Verwaltungsaktes vorliegt, steht die Zivilperson dem Träger der öffentlichen Gewalt wieder genau so gegenüber wie zuvor. Die Verschiedenheit des Ausdrucks in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen findet daher ihre Erklärung in stilistischen Gründen: Es sollte nicht zweimal das Wort "kann"²⁾ oder "darf" verwendet werden. Keiner der Kommentatoren des FGG³⁾, der RAO⁴⁾ oder der LVO für Thüringen⁵⁾ sieht deshalb darin auch einen rechtlichen Unterschied; beide Ausdrücke werden gleichbedeutend gebraucht.⁶⁾

1) S. Jellinek: *Verf.* in VR, S. 2/1.

2) Wie zB Art. 87 S.1 WGr. EVRO.

3) Vgl. Auerbach: FGG, S. 39; Baur: *Freiwillige Gerichtsbarkeit* I, S. 248; Ebert-Dulack-Lindemann: FGG, § 18 Anm. 2 h; Keddell: FGG, § 18 Anm. 5; Schlegelberger: FGG, § 18 Anm. 23; Siméon-David: *Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit*, S. 111.

4) Becker: RAO, § 75 Anm. 5; Gleser: RAO, § 93 Anm. 4; v. Wallis in Hübschmann-Hepp-Spitaler: RAO § 93 Anm. IV.

5) Knauth-Wagner: LVO für Thüringen, Anm. zu § 142.

6) Sogar ein nach § 181 BGB unzulässiges Rechtsgehalt wird durch das "kann nicht" nur schwebend unwirksam, nicht aber nichtig; h.M., vgl. RGZ 117, 118.

mehr beanspruchen.¹⁾ Sie widerspricht auch den Regeln der Dogmatik, da die Beziehungen zwischen dem Rechtsschutz und der Rechtsgültigkeit von Verwaltungsakten auf die materiell-rechtlichen Erwägungen keinen Einfluß haben können.²⁾

d) Die Richtigkeit einer Lehre hängt nicht zuletzt auch von ihren praktischen Ergebnissen ab, da sie Baustein einer sinnhaften Rechtsordnung sein soll. Obwohl die Theorie vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" in dieser Beziehung ein Fortschritt gegenüber O. Mayer ist, führt sie doch in vielen Fällen zu unerwünschten Resultaten. Liegt zB die rechtswirksame Zustimmungserklärung zufällig in dem Zeitpunkt noch ~~nicht~~ vor, in dem die Bekanntmachung des Verwaltungsaktes erfolgt, so ist dieser nichtig. Hat ein Minderjähriger seine Anstellung als Beamter ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters beantragt, so kann der Anstellungsakt nicht durch Genehmigung wirksam werden; vielmehr ist eine erneute Vornahme des Verwaltungsaktes notwendig.

Wie verhält es sich nun mit der Unterscheidung, die Jellinek - und ihm folgend Forsthoff - zwischen dem zweiseitigen Verwaltungsakt" und dem "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" macht? Hier scheint in der Tat alles für Jellinek zu sprechen; denn § 18 Halbs. 2 FGG, § 93 Halbs. 2 RAO und § 142 Abs. 2 der LVO für Thüringen vom 10. Juni 1926³⁾ bestimmen gleichlautend: "Wenn eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden ~~k a n n~~, und der Antrag zurückgewiesen worden ist, ~~d a r f~~ die Verfügung nur auf Antrag geändert werden." Also unterscheidet auch der Gesetzgeber zwischen Verwaltungsakten, die nur auf Antrag erlassen werden "können", und solchen, die

1) Ule: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, ZJB1 1949, 61; ders.: Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, Beih. 10 der DRZ, S. 13 ff.; ders.: Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund? DV 1949, 369; Wolff: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1951, 523.

2) Bad. VGH v. 30.7.1951, DVBl 1951, 668.

"Verwaltungsaktes auf Unterwerfung" nennt Klüber die Verleihung der Staatsangehörigkeit, die Aufnahme in den Staatsdienst¹⁾ und die Aufnahme in eine öffentlich-rechtliche Anstalt. Daneben gebe es als "eine Abart" das "vorübergehende, zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ohne ethische Fundierung begründete Unterwerfungsverhältnis des Steuer- und Devisenrechts."²⁾ Ohne die erforderliche Einwilligung der Zivilperson soll aber ein Unterwerfungsverhältnis durch einen "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" im Sinne Klübers nicht begründet werden "können",³⁾ so daß er sachlich auch unter die Vertreter der Lehre W. Jellineks vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" einzureihen ist.⁴⁾

Apelt, Vertrag S. 70 ff., stellt darauf ab, ob die Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsakts "von der Einwilligung des Betroffenen abhängt" (S.70, 103 ff.) oder ob der Verwaltungsakt "auf Antrag ergeht" (S.72, 103). Zu den ersteren rechnet er die obrigkeitlichen Akte, "die einen Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen bedeuten, der nach Lage der gesetzlichen Bestimmungen nur auf Einwilligung des Betroffenen geschehen darf" (S.103), wie die Beamtenernennung, die Verleihung der Staatsangehörigkeit oder die Abschätzung eines der Besteuerung unterliegenden wirtschaftlichen

-
- 1) Auch Boehmer: Grundlagen I 237, bezeichnet das Beamtenverhältnis als ein "öffentlich-rechtliches Unterwerfungsverhältnis".
 - 2) Lediglich auf diese Fälle beschränkt Friesenhahn: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht-Staat-Wirtschaft II 249, den Begriff des "Verwaltungsakts auf Unterwerfung".
 - 3) VerwA 31, 170, unter Berufung auf ProVG 18, 61; RGZ 78, 3.
 - 4) Nach seiner Ansicht ist es unwesentlich, "ob man den ganzen Vorgang unter der Bezeichnung 'zweiseitiger Verwaltungsakt' zusammenfaßt oder es bei der bisher üblichen getrennten Benennung beider Geschäftsteile beläßt" (VerwA 40. 113).

Auch das für das Hauptbeispiel des "Verwaltungsaktes auf Unterwerfung" angeführte Merkmal des nur ausnahmsweise erforderlichen Antrags ist für eine Unterscheidung nicht geeignet. Denn einmal bilden alle Verwaltungsakte, die der Zustimmung der betroffenen Zivilperson bedürfen, einen Ausnahmefall der "im übrigen zur freien Initiative der Verwaltung stehenden Materie"¹⁾; zum andern gehen auf den einzelnen Gebieten des öffentlichen Rechts die Grenzen so ineinander über, daß eine klare begriffliche Trennung zwischen Ausnahme und Regel nicht möglich erscheint.

Eine Abgrenzung hier zu suchen, muß als überflüssig verworfen werden, weil keine dogmatisch zu erfassende Trennungslinie besteht. Der Gesetzgeber hat klar zum Ausdruck gebracht, in welchen Fällen er in einem Antrag nur einen bloßen Verfahrensstoß sehen will, der auf den rechtlichen Bestand des angestrebten Verwaltungsakts keinen Einfluß hat²⁾. Es sind daher keine Unterschiede in der Bewertung ersichtlich, wenn er das Antrags- oder Zustimmungserfordernis zu materiell-rechtlicher Bedeutung erhebt: Für den wohl wichtigsten Fall der Beamtenernennung wird die Zustimmung nicht stärker verlangt als für die Änderung eines Steuerbescheides gem. § 94 Abs. 1 Ziff. 2 RAO.

VI. Von einer ganz anderen Seite sieht Klüber, Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht, VerwA 40, 113 ff.,³⁾ den "Verwaltungsakt auf Unterwerfung", der nach seiner Ansicht die Rechtsgrundlage nur für ein "besondere Rechte gewährendes und Pflichten auferlegendes, ethisch fundiertes Verhältnis" zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und einer Zivilperson bilden kann, auf dessen Begründung der Zivilperson kein Anspruch zusteht. Als wichtigste Erscheinungsformen dieses

1) Forsthoff: VR, 5. Aufl., S. 190.

2) Siehe oben § 3 II b (S. 9 ff.).

3) Ebenso Klüber: Grundzüge des Beamtenrechts, VerwA 31 (1926), S. 135 (168).

die Begriffe "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" und "zweiseitiger Verwaltungsakt" und ihren Sinngehalt ganz auszumerzen, da sie mit dem Gemeinschaftsdenken des Nationalsozialismus unvereinbar seien.¹⁾

Es galt daher, einen Weg zu finden, der die in einem Verwaltungsakt zum Ausdruck kommende obrigkeitliche Gewalt auch als solche wirken läßt und doch die Freiheit des Individuums nicht gegen dessen Willen einschränkt; nicht minder wichtig ist die praktische Brauchbarkeit.

§ 28 Der "zustimmungsbedürftige Verwaltungsakt" nach Elleringmann.

I. Diesen Erfordernissen sucht eine schon 1935 von Elleringmann an der Begründung des Beamtenverhältnisses entwickelte Theorie²⁾ gerecht zu werden.

Jellineks Irrtum besteht darin, Verwaltungsakt und Zustimmungserklärung zu einer Einheit zu verbinden. Hat man aber erkannt, daß die unmittelbare Rechtswirkung eines hoheitlichen Aktes nur von diesem ausgeht, wenn die gesetzliche Ermächtigung zum selbständigen Handeln erteilt ist, -- und das bestreitet auch Jellinek nicht -- dann muß man auch den Mut haben zu sagen, daß auch beim "zweiseitigen Verwaltungsakt" der hoheitliche Akt eine rechtlich eigenständige Erscheinung ist, die in ihrer Rechtmässigkeit nur aus sich selbst heraus beurteilt werden kann. Dieses ist der Ausgangspunkt und die wesentliche Erkenntnis der Lehre Elleringmanns. Die Folgerung daraus ergibt

1) Maunz: Verwaltung, S. 185, 187, 95; Scheurl in Frank: VR, S. 329.

2) Elleringmann: Die rechtliche Natur der Beamtenanstellung, BJB 1935, 286 ff.

Wertes im Wege der Verständigung mit dem Steuerpflichtigen (S. 71, 104, 109)¹⁾. Im Anschluß an O. Mayer spricht Apelt hier von "Verwaltungsakten auf Unterwerfung" (S. 107), ohne aber klar erkennen zu lassen, ob er außer der Bezeichnung die Theorie O. Mayers auch sachlich übernimmt; denn über die Bedeutung der Einwilligung sagt er nur, daß sie eine "unmittelbare rechtliche Wirkung äußere" (S. 71) wie u. a. auch der Verzicht (S. 70).

Zu den Verwaltungsakten "die nur auf Antrag ergehen", soll nach Apelt die Erteilung einer Konzession oder polizeilichen Erlaubnis gehören, die zu ihrer "mangelfreien Geltung (auch) des mitwirkenden Willens" der Zivilperson bedürfen (S. 103). Aber wenn der Antragsteller auch wollte, "daß ein bestimmter Rechtserfolg eintrete"; so habe er doch nicht die Kraft, "unmittelbar selbst einen solchen herbeizuführen" (S. 72).

Die Unterscheidung Apelts, wie überhaupt seine Behandlung dieses Punktes scheint für ihn so sehr am Rande seines Themas gelegen zu haben, daß die dogmatische Klarheit der Beweisführung darunter gelitten hat. Da eine weitere kritische Würdigung seiner Gedanken keinen Vorteil für unsere Untersuchung verspricht, müssen wir es mit der Darstellung der Lehre bewenden lassen.

VII. Welche rechtliche Bedeutung dem Antrag (der Zustimmung) gegenüber dem Verwaltungsakt zukommt, hängt nicht zuletzt ab von dem Verhältnis der Staatsgewalt zum Bürger im Widerschein der Interessen von Gemeinschaft und Individuum. Als W. Jellinek im Jahre 1925 seine Theorie entwickelte, entsprach sie dem schon angekränkelten Weimarer Reich, während unter dem wachsenden autoritären Denken der NS-Zeit die Entwicklung teilweise sogar so weit ging, daß einige Autoren fordern konnten,

1) ZB § 236 Abs. 2 RAO, § 70 KapVerkStG.

denen Beziehungen der Antrag mit implizierter Zustimmung überhaupt zum Verwaltungsakt stehen könnte.

a) Der Antrag wäre "allgemeine Rechtmässigkeitsvoraussetzung", wenn er an Gesetzes Statt die Ermächtigung zum hoheitlichen Eingreifen in Freiheiten und Rechte der zustimmenden Zivilpersonen erteilen würde. In diesem Sinne hat O. Mayer die Unterwerfung aufgefaßt; nach seiner Ansicht kann ein belastender Verwaltungsakt auch ergehen "ohne gesetzliche Grundlage auf Grund der Einwilligung des Betroffenen"¹⁾. Das darf aber nicht in dieser Allgemeinheit gelten, denn keiner der bisher behandelten Verwaltungsakte entbehrt der gesetzlichen Grundlage, vielmehr gehört hier die Zustimmung zu den gesetzlichen Voraussetzungen eines vom Gesetze geordneten Rechtsverhältnisses²⁾.

Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob die öffentliche Gewalt der zustimmenden Zivilperson nicht auch außerhalb der gesetzlichen Ermächtigung Pflichten auferlegen und ihre Rechte zu mindern befugt ist. Erst wenn diese Frage beantwortet werden kann, ist die Einwilligung auch "allgemeine Rechtmässigkeitsvoraussetzung".

2) Ein Satzsatz zerfällt in dR in zwei Teile, einen Voraussetzungs- und einen Folgesatz. Wenn bestimmte Voraussetzungen im Sachverhalt vorliegen, so soll sich diese oder jene Rechtsfolge daran knüpfen oder eine bestimmte Rechtsfolge soll nicht eintreten. In dem Wenn-Satz ist also der Tatbestand des Gesetzes (der "typisierte Sachverhalt") normiert. ZB bestimmt § 129 S. 1 RAO.

1) O. Mayer: VR I 98 (1. Aufl.).

2) Anschütz: Anm. zu W. Jellineks Abhandlung "Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung", JW 1927, 428; Fleiner: Institutionen, S. 168; Nebinger: Allgemeiner Teil, S. 203.

sich schnell: Da ein Verwaltungsakt rechtmässig u n d rechtswirksam sein muß, um fehlerfrei zu sein, stehen trotz allen grundsätzlichen Getrenntseins Verwaltungsakt und Zustimmungserklärung "hinsichtlich ihrer Wirksamkeit in einem Abhängigkeitsverhältnis" (S.293).¹⁾ Die Zustimmung ist eben nicht Rechtmässigkeits- sondern Wirksamkeitsvoraussetzung. Darin liegt das für uns wichtige Ergebnis: Ohne die Zustimmung der betroffenen Zivilperson ist der Verwaltungsakt zwar rechtmässig, aber schwebend unwirksam und damit zunächst wirkungslos. Er gilt für die Zivilperson als nicht ergangen, dh, diese braucht sich nicht um seine Beseitigung oder Rücknahme zu bemühen. Ein solcher Verwaltungsakt wird wirksam, wenn die Zustimmung später erfolgt; er verliert jede sachliche Bedeutung, wenn die Zustimmung endgültig versagt wird.

Elleringmann nannte diese Verwaltungsakte daher treffend "zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte", eine Bezeichnung, der wir uns ohne Bedenken anschließen können.²⁾

II. Elleringmann hat sich mit der Aufstellung des Lehrsatzes begnügt. Wenn wir eine dogmatische Begründung der als richtig erkannten Lehre versuchen wollen, müssen wir uns vergegenwärtigen, in welchen verschie-

-
- 1) Ebenso Heyland: Deutsches Beamtenrecht, S. 45 ff. Wolff: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1951, 523 (524); ders.: VR I § 48 II; Schröcker: Das fehlerhafte Beamtenverhältnis, DVBl 1957, 661; im Ergebnis auch Dersch: Die Bedeutung der Verwaltungsakte in der neueren Entwicklung des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung, Festg. für H.C. Nipperdey, S. 215 (233). Gegen Dersch' Bezeichnung als "zusammengesetzter Verwaltungsakt" müssen allerdings ähnliche Bedenken erhoben werden wie gegen Jellineks "zweiseitigen Verwaltungsakt".
 - 2) So auch Wolff: VR I § 48 II; ders.: Anm. zum Urteil des OVG Lüneburg v. 13.5.1952, ZBR 1952, 125; Schallenberg: Widmung, S.71.

denn die Zustimmung ist kein Tatbestandsstück des Hauptrechtsgeschäfts, sondern Rechtsbedingung für dessen Wirksamkeit.¹⁾

Auch im Strafrecht unterscheidet man die "Gesamtheit der Voraussetzungen der Strafbarkeit" (Tatbestand iWS) von der "unter Strafe gestellten Handlung"²⁾. Das Strafrecht kennt die drei Verbrechenmerkmale: Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, die idR allein die Strafbarkeit einer Handlung zur Folge haben. In einigen wenigen Bestimmungen ist diese jedoch noch von weiteren, außerhalb der Verbrechenselemente gelegenen Bedingungen, den "objektiven Strafbarkeitsbedingungen", abhängig. Ihr Vorhandensein braucht vom Täter weder gewußt noch von seinem Vorsatz umfaßt zu sein. Der Unrechtsgehalt strafbarer Handlungen zB gegen ausländische Staaten gem. §§ 102-104 StGB ist unabhängig von der Verbürgung der Gegenseitigkeit in der Strafverfolgung durch jene Staaten. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit ist kein Moment der rechtswidrigen, schuldhaften Tat, also kein Tatbestandsmerkmal ieS, sondern eine äußere Bedingung für deren Strafbarkeit.³⁾

Die Frage, ob der Antrag beim "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt" ein Element des engeren Tatbestandes oder nur Wirksamkeitsvoraussetzung ist, wollen wir an Hand der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis untersuchen: Nach § 28 Ziff. 1 BBG ist der Beamte zu entlassen, wenn er sich weigert, den gesetzlich vorgeschriebenen Dienst eid zu leisten; er ist nach § 30 auch zu entlassen, wenn er seine Entlassung beantragt.

1) Lehmann: Allgemeiner Teil, S.301; Oertmann: Rechtsbedingung, S.31 ff.

2) Blume: Tatbestandskomplemente, S.14; Mayer-Allfeld: Strafrecht, S.99; Pollack-Jurisch: Strafrecht, S.63.

3) Welzel: Das deutsche Strafrecht, S.43.

"Bei Zöllen und Verbrauchssteuern hat das Finanzamt die Zahlung fälliger Beiträge auf A n t r a g des Steuerpflichtigen hinauszuschieben."

Ist der Antrag hier Tatbestandsmerkmal, also "konkrete Rechtmässigkeitsvoraussetzung"? ¹⁾

Die Rechtslehre unterscheidet zwischen einem weiteren und einem engeren Begriff des gesetzlichen Tatbestandes. Der weitere ist gemeint, wenn formuliert wird, der Tatbestand sei "der im Rechtssatz zum Ausdruck kommende begrifflich schematisierte Typus eines Lebenssachverhalts" ²⁾ oder die "Summe der begrifflichen Merkmale, die der Gesetzgeber für erforderlich hält, um daran eine bestimmte Rechtsfolge zu knüpfen" ³⁾. Innerhalb dieses Gesamttatbestandes unterscheidet man den engeren Tatbestand "als eigentlichen Grund der Rechtswirkung" von den "bloßen Wirksamkeitsvoraussetzungen" ⁴⁾.

Wenn zB ein Minderjähriger eine Willenserklärung abgibt, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil einbringt, so bestimmt sich ihre rechtliche Zulässigkeit, ihre Rechtmässigkeit, allein nach ihr selbst. Sie ist den Vorschriften über Willensmängel genau so unterworfen wie die Erklärung eines Volljährigen. Ihre Wirksamkeit für und gegen den Jugendlichen und den Empfänger erhält die Willenserklärung aber erst durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Wird die Zustimmung erteilt, so wirkt die Willenserklärung des Minderjährigen aus sich selbst;

1) So offensichtlich Anschütz, JW 1927, 428;
Thoma: Staatsrecht II 230 Note 26.

2) Wolff: VR I § 36 III.

3) Hofmann: Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht, S.6;
ähnlich definieren Germann: Grundlagen, S.16;
E. v. Hippel: Einführung in die Rechtstheorie,
S. 27.

4) Lehmann: Allgemeiner Teil, S. 116; Lange: Allgemeiner Teil, S.50.

Verhalten, dessen Zweck -- abstrakt --
unmittelbar und allein
der Erlaß eines Verwaltungsaktes ist, gehört
nicht zum engeren Tatbestand; alles in einem
Rechtssatz typisierte Verhalten - dessen Zweck
-- abstrakt -- n i e h t unmittelbar und
allein der Erlaß eines Verwaltungsaktes ist,
muß dem Tatbestand i e S zugeschrieben werden.

Diese Regel auf die angeführten Beispiele
aus dem bürgerlichen und dem Strafrecht angewandt,
ergibt: Die Zustimmung des gesetzlichen Vertre-
ters ist allein darauf gerichtet, der Willens-
erklärung des beschränkt Geschäftsfähigen zur
Wirksamkeit zu verhelfen. Die Vereinbarung mit
einem fremden Staat, Straftaten eigener Bürger
gegen diesen zu bestrafen (wie auch umgekehrt),
führt dazu, daß die Vorschriften der §§ 102-104
StGB in Ansehung dieses Staates Wirksamkeit
für den Inländer erlangen.

Da auch der Antrag mit implizierter Zustim-
mung und die Zustimmung allein das Wirksamwer-
den des "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes"
bezwecken, sind sie keine Tatbestandsstücke des
rechtmässigen Verwaltungsakts, sondern eine
Rechtsbedingung seiner Wirksamkeit. Solange
die Bedingung nicht eingetreten, also die
Zustimmung nicht erklärt worden ist, bleibt
der rechtmässige Verwaltungsakt schwebend un-
wirksam.

Wenn also § 18 FGG, § 93 RAO und § 142 II
LVO für Thüringen von Verwaltungsakten spre-
chen, die nur auf Antrag erlassen werden "kön-
nen", so bedeutet das Gegenteil, das "kann nicht",
hier weder eine Unmöglichkeit in dem Sinne, daß
ein ~~der~~ erlassener Verwaltungsakt ein

Das Gesetz stellt beide Entlassungsgründe nebeneinander, und die Eidesverweigerung ist sicherlich ein Tatbestandsmerkmal i.e.S.

In Wahrheit bestehen jedoch in dogmatischer Hinsicht wichtige Unterschiede: Ein auf seine Entlassung bedachter Beamte kann den Entlassungsantrag stellen; er kann aber auch den Diensteid zu dem Zwecke verweigern, entlassen zu werden. In jedem Falle ist der in dem Handeln des Beamten zum Ausdruck gekommene Wille auf den Erlaß einer Entlassungsverfügung gerichtet. Umgekehrt kann der Beamte auch den Diensteid verweigern, sein Wille aber nicht auf die Erlangung einer Entlassungsverfügung gerichtet sein; er kann dagegen nicht seine Entlassung beantragen, in Wahrheit jedoch die Entlassungsverfügung nicht wollen.¹⁾

Daraus folgt: Der Entlassungsantrag ist, losgelöst vom Einzelfall, schon als vom Gesetz umschriebenes typisiertes Verhalten - abstrakt - u n n m i t - t e l b a r und a l l e i n auf den Erlaß eines bestimmten hoheitlichen Aktes gerichtet und erschöpft sich in dieser Zweckbestimmung. Er unterscheidet sich dadurch von allen anderen möglichen vom Gesetz umschriebenen menschlichen Verhaltensweisen, deren Zweck -- abstrakt -- nicht faßbar ist, weil er bei jeder Variation des Einzelfalles auch verschieden sein kann. Jener hat nur Existenzberechtigung und ist zu verstehen aus seiner Beziehung zum Verwaltungsakt; diese bestehen aus sich selbst und erhalten ihren Sinn aus den mannigfaltigsten Ursachen und Zielen des Daseins.

Die Finalität eines menschlichen Verhaltens entscheidet darüber, ob es Tatbestandsmerkmal i.e.S. ist oder nicht: Alles in einem Rechtssatz typisierte

1) Die Fälle des Irrtums und der Scherzerklärung gehören nicht hierher.

mungserfordernisses nicht unterscheidet zwischen begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten. Desgleichen ergeben sich keine unterschiedlichen Rechtsfolgen, wenn der Antrag entweder gar nicht gestellt worden ist oder aus irgendwelchen Gründen keine rechtliche Wirksamkeit besitzt; denn im letzteren Falle ist er juristisch auch als nicht vorhanden anzusehen.¹⁾ Man würde zB den vom Recht gewollten Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen mißachten, wenn er gegenüber belastenden Verwaltungsakten auf den Weg des Rechtsmittels verwiesen wäre, während er sich im Privatrecht nicht um eine Beseitigung seiner Willenserklärungen zu kümmern braucht.

Lediglich soweit der Antrag neben der Zustimmung noch eine Aufforderung an die Behörde enthält, hoheitlich tätig zu werden (Verfahrensanstoß), oder soweit in den bestehenden Ausnahmefällen²⁾ nur diese Aufforderung in einem Antrag zu erblicken ist, hat der Antrag bloß verfahrensrechtliche Bedeutung. Als Mittel der Verfahrenseinleitung ist er aber lediglich ein Ordnungserfordernis und hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des staatlichen Aktes.

§ 29

Definition des "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakts".

Zum Abschluß dieser Überlegungen können wir den "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt" nunmehr definieren als

"einen auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden 'unvollkommenen Verwaltungsakt', dessen Rechtmässigkeit aus sich selbst zu beurteilen ist, dessen Rechtswirksamkeit aber abhängt von der vorher oder nachher ausdrücklich oder konkludent zu erteilenden Zustim-

1) Kormann: System, S.273.

2) Siehe oben S.9 ff.

"Nichtakt"¹⁾ wäre, noch eine Nichtigkeit im rechtlichen Sinne; vielmehr sind diese gesetzlichen Bestimmungen so auszulegen, daß ein solcher Verwaltungsakt "nur auf Antrag erlassen werden kann", wenn er nicht schwebend unwirksam sein soll. Der "zustimmungsbedürftige Verwaltungsakt" ist, solange die Zustimmung nicht vorliegt, kein fehlerhafter, sondern ein "unvollkommener Verwaltungsakt"²⁾, der erst mit der Zustimmung seine volle Wirksamkeit erhält.

Hiergegen wendet sich in neuerer Zeit Ule³⁾ mit einer im Ergebnis zwischen den Lehren O. Mayers und W. Jellineks vermittelnden Theorie. Ule vertritt die Ansicht, daß das Fehlen des für den Erlaß eines Verwaltungsakts erforderlichen Antrags ein Verfahrensfehler sei, der grundsätzlich die Vernichtbarkeit zur Folge habe und nur dann auch zur Nichtigkeit führe, wenn der Fehler "schwer und offenkundig" sei. "Schwer" soll der Fehler sein bei Verwaltungsakten, durch die Pflichten auferlegt oder Rechte aberkannt, insbesondere Statusverhältnisse begründet oder aufgehoben werden, -- und "offenkundig", wenn der Antrag überhaupt nicht gestellt worden ist. Erst das Zusammentreffen beider Mängel mache den Verwaltungsakt nichtig.

Wir hatten aber bereits (oben S.14 ff.) nachweisen können, daß das Gesetz bei der Festsetzung des Zustim-

-
- 1) Von einem "Nichtakt" kann man dann sprechen, wenn der Akt 1.) nicht von einer Behörde im Sinne des § 25 II VGVO erlassen wurde oder 2.) wenn auch von einer Behörde erlassen, nicht zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bestimmt war; vgl. Wolff: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1951, 523 (527); ders. VR I § 51 II.
 - 2) Wolff: VR I § 50 I c 2.
 - 3) Ule: Anm. zum Urteil des Hess. VGH. v. 19.1.1949, DV 1949, 502; ders.: Anm. zum Urteil des Bad. VGH. v. 30.7.1951, DVBl 1951, 669; ders.: Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, Recht-Staat-Wirtschaft III 260 (279 ff.).

Kläger, der weniger erreichte, als sein Antrag umfaßte.

Die schwebende Unwirksamkeit hat auch keine Bedeutung für die Vollstreckung, denn ein Urteil wird vollstreckbar entweder erst mit der formellen Rechtskraft -- dann würde es auch bei vorheriger schwebender Unwirksamkeit vollwirksam -- oder dadurch, daß es für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. Die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit sind aber unabhängig davon, ob das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht, wenn es nur nicht nichtig ist. Die schwebende Unwirksamkeit hat jedoch Bedeutung für die Frage der Streitwertbemessung und der Kostenlast; denn auch wenn der Kläger obsiegt hat, bleibt er Kostenschuldner des Gerichts (§ 95 I 1 GKG). Das Gericht kann daher der Kostenberechnung nur den Streitwert des Antrags zugrundelegen und von dem Kläger nur die diesem Streitwert entsprechenden Kosten verlangen.

Legt der Beklagte ein Rechtsmittel ein und will der Kläger den Anspruch behalten, der ihm in erster Instanz zugesprochen wurde, so braucht er eine Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils nicht mit der Anschlußberufung zu verfolgen;¹⁾ vielmehr ist in dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung die Erklärung zu erblicken, an dem Zugesprochenen festhalten zu wollen,²⁾ also die nachträgliche Zustimmung in dem hier entwickelten Sinne.

§ 31 Der "privatrechtsergänzende Verwaltungsakt".

- I. Es bleiben noch die Beziehungen zwischen der Zustimmung der Zivilperson zu staatlichen Hoheitsakten und etwaigen weiteren von ihrer Seite zu schaffenden Voraussetzungen für deren Rechtmäßig-

1) So noch RGZ 110, 150.

2) RGZ 157, 23; Rosenberg: ZPR, S.610; Stein-Jonas: ZPO, § 308 Anm. I 1 c.

mung der betroffenen Zivilperson, wenn aus dem Gesetz auf das Erfordernis einer solchen Zustimmung geschlossen werden kann".

Das richterliche Urteil

"Zustimmungsbedürftig", ohne allerdings Verwaltungsakt zu sein, ist auch das richterliche Urteil, denn nach § 308 I ZPO¹⁾ darf das Gericht dem Kläger weder mehr noch etwas anderes zusprechen, als er beantragt hat, zB nicht die Nichtigkeit der Ehe aussprechen, wenn auf Scheidung geklagt wurde.²⁾ Die schwebende Unwirksamkeit des Urteils kann daraus geschlossen werden, daß der Richter der höheren Instanz eine Verletzung des § 308 ZPO im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen zu beachten und das Urteil des ersten Richters auch ohne besonderen Antrag nach dem ursprünglichen Klageantrage abzuändern hat.³⁾ Die schwebende Unwirksamkeit des Urteils endet jedoch, im Gegensatz zur schwebenden Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes, mit Eintritt der formellen Rechtskraft; denn das Urteil als autoritative richterliche Streitentscheidung kann seine "Befriedungsfunktion"⁴⁾ nur dann erfüllen, wenn es dem Streit der Parteien für die Zukunft entzogen wird. Es müssen schon ganz besonders schwere Fehler vorliegen, um einem Urteil die Rechtswirksamkeit zu versagen. Zu ihnen gehört ein Verstoß gegen § 308 I ZPO nicht.

. Will der Kläger also das Urteil, wenn ihm etwas anderes oder mehr zuerkannt worden ist, als er beantragt hatte, nicht akzeptieren, so ist er genau so auf das Rechtsmittelverfahren verwiesen wie der

1) Ebenso § 74 VGVO, § 80 VGG, § 66 LVG von Rhld.-Pfalz, § 123 SozGG; vgl. auch oben S.13.

2) RGZ 9, 193; 11, 354.

3) RG in JW 1937, 3105 und 1938, 1048; RGZ 156, 372 (376).

4) Schönke-Schröder-Niese: ZPR, S. 335.

Manchmal sind Verwaltungsakte auch für sich allein in der Lage, privatrechtsgestaltend zu wirken, so zB die Auflösung einer juristischen Person oder die Enteignung. Andere bedürfen nur eines Antrags, wie der Erlaß eines Zwangsmietvertrages oder die Erteilung eines Patents und gehören damit zu den zuvor behandelten "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten". Diese beiden Gruppen bilden aber Ausnahmen unter den "privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten".

Bei den übrigen hier zu untersuchenden Hoheitsakten haben wir drei Bestandteile des Gesamtvorgangs zu unterscheiden, nämlich

- a) den Antrag mit implizierter Zustimmung bzw die nachträgliche Zustimmung,
- b) den daraufhin ergehenden Verwaltungsakt und
- c) eine weitere rechtsgeschäftliche Handlung des Betroffenen, die gleichzeitig, nachher oder schon vorher vorgenommen wird.

II. Als schwächste Art staatlicher Beteiligung am Privatrechtsverkehr sind die "vertragsformenden Hoheitsakte" zu nennen, bei denen die Behörde keinen eigenen materiellen Erfolgswillen hat, sondern dem Privatrechtsgeschäft nur die zu seiner Wirksamkeit erforderliche Form verleiht. Es sind dies zB die Beurkundung von Rechtsgeschäften und die Trauung. Wesentliche Vertrags Elemente sind hier allein die Erklärungen der Beteiligten, doch sind sie aus Gründen des Schutzes vor Übereilung und Verheimlichung in eine besondere Form gegossen worden. Die Mitwirkung des Urkundsbeamten und des Standesbeamten ist eine passive Assistenz. Der Urkundsbeamte beurkundet lediglich die Erklärungen der Parteien; der Standesbeamte hört die Eheschließungserklärungen der Brautleute an. Beide Verhaltensweisen stellen Staatsakte dar, durch welche

keit und Wirksamkeit zu erörtern, denn hier könnten sich Besonderheiten ergeben, die eine Einordnung unter den Begriff des "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakts" nicht mehr gestatten. Diese Gruppe von Verwaltungsakten ist bisher verwaltungsrechtlich noch wenig in Erscheinung getreten, da sie sehr eng mit anderen Rechtsgebieten verknüpft ist und üblicherweise auch dort im Zusammenhang mit den zugehörigen Rechtsinstituten behandelt wird. Als Beispiele sind zu nennen: die Trauung; hier sind neben der in der Aufgebotsbestellung zu erblickenden Verfahrenseröffnung noch die Eheschließungserklärungen der Verlobten erforderlich; zur Bestätigung der Adoption gehört der Adoptionsvertrag, zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch die Preisbehörde der Vertrag, zur gerichtlichen oder notariellen Beurkundung die zu beurkundenden Erklärungen. Die Reihe ließe sich noch fortsetzen. Allen diesen Akten ist eines gemeinsam: durch sie werden private Rechtsstellungen und Rechtsbeziehungen geschaffen, verändert, aufgehoben. Der Staat hat dem Einzelnen die rechtliche Fähigkeit zur eigenen Gestaltung vieler seiner Rechtsverhältnisse entzogen und sich selbst vorbehalten, gestaltend in die Privatrechtslage einzugreifen, wenn der Bürger eine Änderung wünscht. Die Handlungen des Staates sind in diesem Falle aber nicht etwa privatrechtlicher Natur, sondern Verwaltungsakte, sogen. "privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte".¹⁾ Sie sind in neuerer Zeit durch das Wirtschafts- und Arbeitsrecht zu immer größerer Bedeutung gelangt.

1) Die Bezeichnung stammt von Jacobi: Arbeitsrecht, S.415. Eingehende Untersuchungen auch von Bürckner: Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt, 1930; Kroeber: Das Problem des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts, 1931; Huber: WVR I, S.78 ff.

erteilt wird, fehlt es an der tatsächlichen Möglichkeit der Vollziehung. Etwas nicht Bestehendes kann nicht genehmigt werden. Ein solcher Akt muß daher nichtig sein.¹⁾

b) Auf gleicher Ebene liegen die "vertragsausgestaltenden Verwaltungsakte"²⁾, die einzelne Teile eines privatrechtlichen Vertrages betreffen, sei es, daß sie die private Teilvereinbarung genehmigen, sei es, daß sie sie selbst festsetzen. Nach § 2 des Preisgesetzes vom 10. April 1948 (WiGBI 27) können die für die Preisbildung zuständigen Behörden Anordnungen und Verfügungen erlassen, durch die Preise, Mieten, Pachten, Gebühren u.ä. festgesetzt oder genehmigt werden. Für die Veräußerung unbebauter Grundstücke wird eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Preisbehörde über den vereinbarten Kaufpreis gefordert.³⁾ Erst diese Preisfestsetzungen oder Genehmigungen machen die Preisrechtsgeschäfte voll wirksam. Auch die "vertragsausgestaltenden Verwaltungsakte" sind wegen tatsächlicher Unmöglichkeit nichtig, wenn sie ein nicht existentes Rechtsgeschäft betreffen.⁴⁾

c) Von den "vertragserzeugenden Verwaltungsakten" läßt sich folgendes Beispiel hier anführen: Ist ein Tarifstreit oder eine sonstige Gesamtarbeitsstreitigkeit zwischen den Sozialpartnern nicht durch Vermittlung beizulegen, so sind die von den Ländern gebildeten staatlichen Schlichtungsausschüsse gem. KRGes. Nr. 35 (Amtsbl. d. KontrRats S.174 befugt, einen Schiedsspruch zu erlassen,

1) PrOVG 95, 121; OVG Lüneburg v. 6.6.1950, VRspr 3, 675 (680); OVG von Rhld-Pfalz v. 13.3.1953, AS 2, 1; VGH Bremen v. 21.6.1955, DÖV 1956, 216; Forsthoff: VR, S. 215; Jellinek: VR, S.275.

2) Die Bezeichnung ist von Huber: WVR I 79.

3) VO über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 (RGBI I 541).

4) Wolff: VR I § 51 III b 2.

aber nicht bestimmt wird, was für den Adressaten rechtens sein soll.¹⁾

Da es sich um passive Akte handelt, und sie somit nicht fähig sind, ohne das aktive Tun der Zivilpersonen verwirklicht zu werden, kommt der Zustimmung keine eigenständige Bedeutung zu. Sie ist immer auch in der Vornahme der "weiteren rechtsgeschäftlichen Handlung" enthalten.

III. Die "vertragsgestaltenden Verwaltungsakte".

a) Eine aktive staatliche Beteiligung ist schon bei den "vertragsgenehmigenden Verwaltungsakten" gegeben. Sie liegen dort vor, wo der Abschluß des Vertrages der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien überlassen ist, die vertragliche Abmachung jedoch der staatlichen Genehmigung bedarf und ohne diese schwebend unwirksam ist. Beispiele bilden die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen,²⁾ die Genehmigung der Kündigung eines schwerkriegsbeschädigten Arbeitnehmers,³⁾ die Bestätigung der Adoption und des Zwangsvergleichs im Konkurse.

Hier liegt schon ein Doppelakt vor: privatrechtliche Willenseinigung und öffentlich-rechtliche Genehmigung. Beide sind essentielle Elemente einer gültigen Verpflichtung. Wenn daher die staatliche Genehmigung für einen gar nicht bestehenden oder später ex tunc wieder weggefallenen Vertrag

-
- 1) Man kann sie daher nicht zu den Verwaltungsakten im eigentlichen Sinne zählen; es handelt sich um solche "Verwaltungsrechtshandlungen", deren Rechtsfolgen auf Grund von Verwaltungsrechtsätzen eintreten; vgl. Wolff: VR I § 45 II b 2; Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 254 ff.
 - 2) Mit Ausnahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften, die eines Antrags nur als Verfahrenseröffnung bedarf; vgl. oben S. 12.
 - 3) § 14 des Schwerbeschädigtengesetzes vom 16. Juni 1953 (BGBl I 389).

lichen Handlung zu beurteilen. Wenn diese aber unberücksichtigt bleiben kann, haben wir wieder die gleiche Erscheinung wie bei den "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten". Ein ohne Zustimmung erlassener "vertragsgestaltender Verwaltungsakt" ist zwar rechtmäßig, aber er führt die gewollte Rechtswirkung nicht herbei, er ist schwebend unwirksam.

IV. "Eigentumsgestaltende Verwaltungsakte"¹⁾
sind solche Akte, die an der Begründung intransitiver Rechte beteiligt sind.

a) Nach § 873 BGB ist für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder zur Begründung von Rechten an Grundstücken die Einigung der Parteien und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Keines der beiden Erfordernisse ist für sich imstande, eine Änderung der dinglichen Rechtslage herbeizuführen. Erst durch das Zusammenwirken von Einigung und Eintragung kommt der gewünschte Rechtserfolg zustande, ohne daß das materielle Recht eine zeitliche Reihenfolge der beiden Erfordernisse festgelegt hat. Gleichgültig ist auch der zwischen ihnen liegende Zeitraum, nur müssen Einigung und Eintragung einmal gültig nebeneinander stehen.²⁾ Demnach verliert die in der Eintragung zum Ausdruck kommende staatliche Beteiligung auch dann nicht ihre dinglich konstitutive Wirkung, wenn keine Aussicht auf eine Einigung mehr vorhanden ist.

Dementsprechend hat das formelle Recht dem Antrag der Beteiligten nach § 13 GBO nur verfahrensrechtliche Bedeutung zuerkannt; der Antrag ist eine Ordnungsvoraussetzung, dessen Fehlen auf die rechtlichen Folgen der Eintragung keinen Einfluß

1) Huber: WVR I 79.

2) Westermann: Sachenrecht, S.343.

wenn die Streitigkeit "unter Zustimmung der streitigen Parteien" (Art. VIII) zur Schlichtung unterbreitet worden ist. Dieser Schiedsspruch ist ein Verwaltungsakt,¹⁾ der zu seiner Rechtsverbindlichkeit zudem noch der Annahme seitens der Parteien bedarf (Art. X Abs. 1). Er hat auch ohne nachträgliche Annahme die Wirkung eines Tarifvertrages, wenn die Parteien vor Erlaß des Schiedsspruches seine Annahme vereinbart haben (Art. X Abs. 2 u. 3). Die Parteien schließen also mit der Annahme keinen Vertrag ab, der die Bestimmungen des Schiedsspruches zum Vertragsinhalt erhebt, sondern erklären ihr Einverständnis mit einem Verwaltungsakt, der ihre Rechtsbeziehungen für die Zukunft regelt. Die Annahme ist die über die Zustimmung hinausgehende rechtsgeschäftliche Mitwirkung der Parteien.

Diese drei Arten der "vertragsgenehmigenden", der "vertragsgestaltenden" und der "vertragserzeugenden Verwaltungsakte" lassen sich unter der Sammelbezeichnung "vertragsgestaltende Verwaltungsakte" ^{aus} 2) zusammenfassen.

Bei ihnen sind Zustimmung und weitere rechtsgeschäftliche Handlung grundsätzlich getrennt; denn der Abschluß eines genehmigungsbedürftigen Vertrages schließt nicht notwendig die Zustimmung zur ~~der~~ Genehmigung in sich ein, und die Vereinbarung der Annahme eines Schiedsspruches muß nicht auch die Zustimmung zur Vorlage vor den Schiedsausschuß enthalten. Die Zustimmung hat selbständige Bedeutung und damit auch eigenes rechtliches Gewicht. Ihr Einfluß auf die Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsaktes ist unabhängig von dem Vorliegen der weiteren rechtsgeschäft-

1) Huber: WVR II 460; Nikisch: Arbeitsrecht, S.298; RAG in Bensch, Slg. 6, 275. - Anderer Meinung: v. Carolsfeld: Arbeitsrecht, S.76: gestaltendes Urteil.

2) Huber: WVR I 79.

erlassenen Hoheitsakt beruhende Verpflichtung, Gebühren zu zahlen, ist schwebend unwirksam. Der Betroffene braucht sich nicht um eine Beseitigung der Kostenrechnung zu bemühen. Diese Ansicht findet in § 2 Ziff. 1 KostO eine Stütze, der besagt, daß bei Geschäften, die nur auf Antrag vorzunehmen sind, derjenige zur Zahlung der Kosten verpflichtet ist, der die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt hat. Wer nicht Antragsteller ist, kann auch nicht Kostenschuldner sein.¹⁾

b) Zu den "eigentumsgestaltenden Verwaltungsakten" ist auch die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher zu rechnen. Der Gläubiger bedient sich hier der Machtmittel des Staates, um durch Verwertung des schuldnerischen Vermögens seine Ansprüche durchzusetzen. Damit die Beschlagnahmehandlung des Gerichtsvollziehers zum Erfolge führen kann, müssen auf Seiten des Gläubigers zwei Voraussetzungen vorliegen: Er muß einen Vollstreckungstitel besitzen und Inhaber der Forderung sein, um derentwillen vollstreckt wird. Fehlen diese Voraussetzungen, so kann ein Pfändungspfandrecht nicht entstehen.²⁾

Der Gerichtsvollzieher bedarf zur Pfändung noch eines Auftrages des Gläubigers. Dieser Auftrag (= Antrag) ist zu unterscheiden von der Übergabe des vollstreckbaren Titels. Im Verhältnis zum Gläubiger ist die Übergabe des Titels ohne Vollstreckungsauftrag bedeutungslos; der Besitz des Titels begründet nach § 755 ZPO nur dem Schuldner gegenüber eine Rechtsvermutung für den Auftrag,³⁾ dh, der Schuldner kann an den so legitimierten

-
- 1) Jonas-Melsheimer-Hornig-Stemmler: KostO, § 2 Anm. II 1; Korintenberg-Ackermann-Wenz: KostO, § 2 Anm. I 1-3; Küntzel-Kersten: KostO, § 2 Anm. 1-5; KG vom 19.1.1905, OLG 11, 158.
 - 2) Lent: Zwangsvollstreckungsrecht, S. 46; Rosenberg: ZPR, S. 954.
 - 3) Baumbach-Lauterbach: ZPO, § 754 Anm. 1 B; Sydow-Busch: ZPO, § 754 Anm. 2.

hat, weil das materielle Recht ihn ignoriert. Auch wenn die nach § 19 GBO erforderliche Einwilligung des "leidenden Teils" nicht vorliegt, kann die Rechtsänderung stattfinden.¹⁾ Die Grundbucheintragung ist daher kein "zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt". Die von einer zustimmungslosen Eintragung betroffene Zivilperson kann nicht einmal im Wege der Beschwerde verlangen, daß die Eintragung gelöscht oder ein Widerspruch eingetragen werde, denn das Grundbuch ist richtig. Ihr bleibt nur der Weg der Amtshaftungsklage mit dem Ziel einer Schadensersatzleistung in Geld.

Ähnliches gilt für Eintragungen in das Güterrechtsregister (§ 1560 BGB), für Eintragungen in das Schiffsregister, soweit sie Binnenschiffe betreffen (§ 23 SchiffregO vom 26. Mai 1951) sowie für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften.²⁾ Alle diese Akte sind "privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte" die auch eine "weitere rechtsgeschäftliche Handlung" voraussetzen, bei denen der Antrag aber nur aus einer Verfahrenseinleitung besteht und keine Zustimmung mit materiell-rechtlicher Wirkung enthält.

Soweit sich an einige dieser Hoheitsakte jedoch eine Gebührenpflicht knüpft, bleiben sie den allgemeinen Erfordernissen "zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakte" unterworfen. Die auf einem ohne Antrag

1) Anders das alte Recht: Nach §§ 13, 19 des preuß. Gesetzes über den Eigentumserwerb an Grundstücken vom 5. Mai 1872 und nach § 30 Pr.GBO war der Antrag des Berechtigten oder des Eigentümers wesentliche Bedingung der Eintragung. Ohne Antrag war die Eintragung wirkungslos. Auch nach § 436 I 20 ALR erlangte der Gläubiger nur durch eine "gehörig" erfolgte Eintragung, dh auf einen Antrag hin, das Recht, sich an die verpfändete Sache halten zu können. Vgl. Urteil des Königl. Obertribunals vom 28.9.1877, StriethA 98, 26.

2) Vgl. oben S. 11 f.

finden wir einen Willensakt und einen Staatsakt. Der Willensakt besteht in der verbandsförmigen Einigung auf der Grundlage einer Satzung, der Staatsakt in der Eintragung in das Handelsregister. Beide Bestandteile des Gründungsvorganges haben konstitutive Kraft, doch besteht hier der Unterschied gegenüber der Grundbucheintragung darin, daß die Willenseinigung der Zivilpersonen stets dem Hoheitsakt vorauszugehen hat. Wird daher ein Verein oder eine Kapitalgesellschaft eingetragen, die noch gar nicht in ihrem Gründungsstadium bestehen, so bleibt die Eintragung ohne rechtliche Wirkung; sie ist nichtig. Kommt es später doch noch zu einem der Eintragung entsprechenden Gründungsakt, so muß die Eintragung neu vorgenommen werden.

Bei den "verbandsgestaltenden Verwaltungsakten" werden zu den Rechtswirkungen einer zustimmungslosen Eintragung die verschiedensten Meinungen vertreten. Für den Verein nehmen Hölder¹⁾, Rehbein²⁾ und Palandt³⁾ Nichtigkeit an; nach Siber⁴⁾ ist der Verein rechtsfähig, "mag er wollen oder nicht". Die herrschende Meinung nimmt an, daß der Verein Rechtsfähigkeit erlangt, wenn seine Satzung die Eintragung vorsieht⁵⁾. Die Eintragung einer Aktiengesellschaft ohne Anmeldung ist nach Baumbach-Hueck⁶⁾ nichtig, ebenso die Eintragung einer GmbH nach Scholz⁷⁾, Vogel⁸⁾ und Staub-Hachenburg⁹⁾.

1) Hölder: BGB, § 59 Anm. 1.

2) Rehbein: BGB, Anm. 4.

3) Palandt: BGB, Anm. 1.

4) Siber: Das Buchrechtsgeschäft. S. 125.

5) Schlegelberger: FGG, § 159 Anm. 14;

Staudinger-Riezler: BGB, § 59 Anm. 3;

Westermann in Erman: BGB, § 59 Anm. 1.

6) Baumbach-Hueck: Akt.-Ges., § 28 Anm. 1; ebenso

v. Godin-Wilhelmi: Akt.-Ges. § 28 Anm. II 1;

Schlegelberger-Quassowski: Akt.-Ges. § 28 Anm. 3.

7) Scholz: GmbH-Gesetz, § 7 Anm. 1.

8) Vogel: GmbH-Gesetz, § 7 Anm. 1.

9) Staub-Hachenburg: GmbH-Gesetz, § 7 Anm. 9.

Gerichtsvollzieher mit befreiender Wirkung zahlen. Nimmt der Gerichtsvollzieher aber ohne Auftrag Vollstreckungshandlungen vor, so sind diese nach herrschender Meinung anfechtbar und müssen auf die Erinnerung des Schuldners gem. § 766 ZPO hin aufgehoben werden.¹⁾

Richtiger Ansicht nach ist der Antrag auch für die Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, sondern ein Erfordernis der Rechtswirksamkeit gegenüber dem Gläubiger, so daß bei seinem Fehlen zwar die öffentlich-rechtliche Verstrickung eintritt, der Erwerb des Pfändungspfandrechts durch den Gläubiger aber schwebend unwirksam bleibt. Erteilt er später seine Zustimmung, so wird die Vollstreckungshandlung ex tunc voll wirksam.

Entsprechendes gilt dann für gerichtliche Vollstreckungsmaßnahmen.

- V. Als letzte Gruppe der "privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte" bleiben die "körperschafts- oder verbandsgestaltenden Verwaltungsakte" zu untersuchen. Es handelt sich hier um Hoheitsakte, durch die in die privatrechtliche Verbandsgestaltung eingegriffen wird.²⁾ Ein nicht rechtsfähiger Verein erhält erst Rechtsfähigkeit mit der Eintragung in das Vereinsregister. Auch bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, GmbH, Kommanditgesellschaft auf Aktien

1) Armstrong: Die Zwangsvollstreckung, S.13; Blomeyer: Zwangsvollstreckung, S.14; Glaser: Zwangsvollstreckungswesen, S.10 Note 23; Sydow-Busch: ZPO, § 755 Anm.2; Schönke-Baur: Zwangsvollstreckungsrecht, S.23. - Falkmann-Hubernagel: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, § 753 Anm. 7 e, nehmen Nichtigkeit an, da ein Auftrag "wesentliche Bedingung" sei; dagegen verneinen Baumbach-Lauterbach: ZPO, § 753 Anm.2 B, irgendwelche Fehlerfolgen.

2) Huber: WVR I 79.

3. K a p i t e l

Verwaltungsakte auf Unterwerfung

§ 32 Die Theorie Wolffs.

Von den "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten" unterscheidet Wolff, VR I § 48 III, die "Verwaltungsakte auf Unterwerfung", bei welchem die Einwilligung zum gesetzlichen Tatbestand ~~ies~~ gehört, so daß der Verwaltungsakt ohnedem rechtswidrig, aber doch rechtswirksam ist, und sieht als die wichtigsten Beispiele die Widmung zum öffentlichen Weg und die Bestrafung im ~~Untersuchungs~~^{Weg}verfahren an. Seine Theorie entspricht im Ergebnis der Lehre O. Mayers, weicht aber in der Begründung von ihr ab, da O. Mayer die Unterwerfung nicht als Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes, sondern als Ersatz für eine fehlende gesetzliche Grundlage auffaßte.¹⁾

Bei den "Verwaltungsakten auf Unterwerfung" im Sinne Wolffs ist Voraussetzung der konkreten Rechtmäßigkeit, daß die Zivilperson sich dem hoheitlichen Eingriff in ihre Rechte unterwirft, indem sie auf ein ihr zustehendes Recht verzichtet und damit erst den rechtmäßigen Hoheitsakt ermöglicht. Im Gegensatz zur Zustimmung des "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakts" dient ein Rechtsverzicht nicht schon als vom Gesetz umschriebenes typisiertes Verhalten -- abstrakt -- unmittelbar und allein dem Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes, sondern kann die dem Verzicht entsprechenden Rechtshandlungen auch beliebiger anderer Personen rechtfertigen, im privatrechtlichen wie im öffentlich-rechtlichen Bereich.

1) Vgl. oben S. 87.

während Baumbach-Hueck¹⁾ hier die Wirksamkeit für den Fall bejahen, daß die Anmeldung nicht durch die Geschäftsführer, sondern durch andere Personen erfolgt war.

Eine Lösung des Problems ergibt sich gleich, wenn auch auf diese Hoheitsakte die für die "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte" geltenden Grundsätze angewendet werden. Danach ist eine ohne Anmeldung vorgenommene Eintragung schwebend unwirksam. Die Anmeldung kann aber später nachgeholt werden, auch durch konkludentes Verhalten.²⁾ Als Indiz für einen entsprechenden Willen könnte gelten, daß in der Satzung eine Eintragung vorgesehen ist. Damit würde auch der Interessenlage der Beteiligten am besten gedient sein.

VI. Als Ergebnis dieser Erörterung läßt sich daher festhalten: Es gibt eine besondere Gruppe innerhalb der "privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte", die zu ihrer Rechtsgültigkeit einer "weiteren rechtsgeschäftlichen Mitwirkung" der Zivilpersonen bedarf und -- mit der einzigen Ausnahme der Grundbucheintragung -- ohne eine solche Mitwirkung nichtig ist. Diese Verwaltungsakte geben dem rechtsgeschäftlichen Willen der Zivilperson ihre Sanktion, sie vollenden oder ergänzen ihn. Wir schlagen daher für sie die Bezeichnung "privatrechtsergänzende Verwaltungsakte" vor; sie gibt sowohl dem Zweck dieser Verwaltungsakte Ausdruck als auch dem Erfordernis einer weitgehenden Mitwirkung der Zivilperson.

Soweit die privatrechtsergänzenden Verwaltungsakte auch eines Antrags bedürfen, der eine Zustimmung impliziert, gehören sie zu den "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten".

1) Baumbach-Hueck: GmbH-Gesetz, § 7 Anm. 2 I A.

2) So Staub-Hachenburg: GmbH-Gesetz, § 7 Anm. 9, wenn die Gesellschaft sich der Eintragung fügt und die Geschäfte beginnt.

Die Widmung zum öffentlichen Weg bedeutet eine weitgehende Einschränkung der Rechte des Eigentümers, der nur noch so weit über sein Eigentum verfügen kann, daß die Interessen des öffentlichen und freien Verkehrs nicht beeinträchtigt werden. Eingriffe in Freiheit und Eigentum sind aber nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) nur zulässig, wenn ein Gesetz die Behörden zum selbständigen Eingriff ermächtigt oder der Eigentümer seine Einwilligung erteilt.

Nach § 55 des preuß. Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 obliegt "die Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht, der Polizeibehörde". Zu diesem Pflichtenkreis gehört auch die Vergrößerung des Wegenetzes, die durch Anlage neuer Wege oder die Widmung privater Wege für den öffentlichen Verkehr erfolgen kann. Da die Widmung im preußischen Recht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden hat,¹⁾ ist auch nicht festgelegt, ob überhaupt eine Einwilligung des Wegeeigentümers erforderlich ist oder nicht.²⁾ Rechtsprechung und hM in der Lehre haben sie aber aus den o.a. rechtsstaatlichen Erwägungen stets gefordert und die Widmung so behandelt, als ob das Gesetz ihre Rechtsgültigkeit von dem Vorhandensein einer Einwilligung abhängig gemacht hätte.³⁾ Man könnte angesichts der jahrzehntelangen Übung sogar sagen, daß das Erfordernis der Einwilligung inzwischen Gewohnheitsrecht geworden ist.

1) Schallenberg: Die Widmung, S.69.

2) So hält Guba: Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des Wegerechts, S.11, die Widmung der Polizei für genügend.

3) Körner: Studium zum Recht der öffentlichen Wege, zitiert S. 89 den § 36 des Tiroler Wegegesetzes, nach welchem der Gemeinderat zur Widmung befugt ist, "wenn der Eigentümer des Weges und die an demselben auf Grund des Privatrechts Benützungsberechtigten zustimmen".

§ 33 Die Widmung für den öffentlichen Verkehr.

Bezüglich der Widmung eines Grundstücks für den öffentlichen Verkehr hat das Preuß. OVG in ständiger Rechtsprechung ¹⁾ angenommen, daß ein Zusammenwirken der Wegepolizeibehörde, des Eigentümers des Weggrundstücks und des Wegebaupflichtigen in der Weise zur Entstehung eines öffentlichen Weges führe, daß jeder Beteiligte durch ausdrückliche oder konkludente Willensäußerung den Weg dem öffentlichen Verkehr widme. Dieses Zusammenwirken wurde weder als Vertragsschluß angesehen noch erblickte man in der polizeilichen Widmung einen den Erklärungen der übrigen Beteiligten übergeordneten Verwaltungsakt. Keine der drei Erklärungen sollte einen Vorrang vor den anderen haben. Ein öffentlich-rechtlicher Weg konnte daher nach der Rechtsprechung des OVG erst entstehen, wenn die Widmungen aller Beteiligten übereinstimmend vorlagen.²⁾

Dagegen ist heute allgemein anerkannt und auch richtig, daß die Widmung der Polizeibehörde ein Verwaltungsakt ist, zu welchem Wegeeigentümer und Wegebaupflichtiger ihre Einwilligung erteilen.³⁾

-
- 1) Vgl. PrOVG 8, 213; 20, 217; 27, 401; 54, 341; 72, 300; 80, 206; 94, 342; 105, 186.
 - 2) Die Widmungstheorie des Pr.OVG wurde auch vom RG (vgl. RGZ 48, 297) und vielen Autoren in diesem wesentlichen Punkte vertreten, so von v. Eschstruth, Der öffentl. Weg, S. 36; Hatschek: VR S.478; v. Hausen: Wegerecht, Wasserrecht, Jagdrecht, S.13; Jellinek: VR, S.509; Schultzenstein: Die Widmung zum öffentl. Wege, VerwA 1921, 173.
 - 3) Forsthoff: VR, S.318; Germershausen: Wegerecht I 2; Körner: Studien zum Recht der öffentl. Wege, S.77; Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, S. 77; Obwald: Die Rechtsverhältnisse an öffentl. Sachen, S.18; Schallenberg: Die Widmung, S.67; WürttEVRO, S.540.

dessen Widmungsakt nicht mehr in seinen Rechten verletzt werden; der Widmungsakt ist rechtmäßig.

Der große Vorteil dieser Regelung gegenüber der Theorie vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" zeigt sich dann, wenn bei der Anlage eines öffentlichen Weges eine Fehlvermessung vorgekommen ist und infolgedessen ein größeres Stück des privaten Grundstücks in Anspruch genommen worden ist, als der Unterwerfungserklärung des Eigentümers entspricht. Nach Peters und Forsthoff würde das zur Folge haben, daß die Widmung insoweit nichtig ist, auch wenn es sich nur um ein kleines Streifchen des Grundstücks handelt. Es wird aber der Interessen- und Rechtslage der Beteiligten sehr viel besser gerecht, wenn man eine solche Widmung für rechtswidrig hält und für wirksam, solange sie nicht angefochten wird, wobei die Anfechtungsfrist ab Kenntnis des Eigentümers läuft.

§ 34

Die Bestrafung im Unterwerfungsverfahren.

Eine Bestrafung im Unterwerfungsverfahren¹⁾ ist "Verwaltungsakt auf Unterwerfung", weil der Beschuldigte auf eine Untersuchung und Entscheidung seines Falles durch einen unabhängigen Richter verzichtet und sich damit der Strafgewalt abhängiger Verwaltungsbehörden unterwirft. Der Verzichtsscharakter der Unterwerfung wird hier auch vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt, so besonders deutlich in § 89 I des Gesetzes über die Devisenbewirtschaftung vom 12. Dezember 1938 (RGBl I 1734): "unter Verzicht auf Erlaß eines Strafbescheides und auf gerichtliche Entscheidung".

Verwaltungsbehörde und Beschuldigter müssen sowohl über die strafbare Handlung als auch über die Strafhöhe Übereinstimmung erzielt haben, sonst liegt

1) ZB nach § 445 RAO, § 67 OWiG vom 25. März 1952, § 33 der Preisstrafrechts-VO vom 26. Oktober 1944 (RGBl I 264), § 51 DevO vom 4. Februar 1935 (RGBl I 105).

Die Frage nach dem rechtlichen Wert dieser Einwilligung ist zu verschiedenen Zeiten auch verschieden beantwortet worden. Lassar¹⁾ und Heismann²⁾ glaubten, darin eine Unterwerfung im Sinne O. Mayers zu erkennen und definierten die Widmung daher als "Verwaltungsakt auf Unterwerfung".³⁾ Peters⁴⁾ und Forsthoff⁵⁾ sehen in ihr einen Bestandteil der Widmung und nennen diese einen "zweiseitigen Verwaltungsakt" nach W. Jellinek⁶⁾. Andere Autoren verlangen eine Einwilligung, ohne wie vorstehend einzuordnen.⁷⁾

In Wahrheit ist die Einwilligung weder ein Teil des gesamten Widmungsvorganges noch eine Bedingung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, sondern ein Tatbestandsmerkmal, von dessen Vorhandensein die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Aktes abhängig ist; denn in der Einwilligung liegt der Verzicht des Grundstückseigentümers auf die Ausübung seiner Herrschaftsrechte, soweit sie einem ordnungsmäßigem Ablauf des öffentlichen Verkehrs entgegenstehen würde.⁸⁾ Hat der Eigentümer dem zuständigen Hoheitsträger gegenüber diesen Verzicht ausgesprochen, so kann er durch

-
- 1) Lassar: Grundbegriffe, S.77.
 - 2) Heismann: Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Wegen, S.13.
 - 3) Obschon O. Mayer selbst der Widmung die Qualität eines Verwaltungsaktes versagte; vgl. VR II 86 (1. Aufl.)
 - 4) Peters: VR, S.211.
 - 5) Forsthoff: VR, S.318 Note 3; ebenso Kwiatkowski: Die Entstehung des öffentlichen Weges, S.12.
 - 6) Jellinek aber steht ganz auf dem Boden der Widmungstheorie des Preuß. OVG; vgl. VR, S.509.
 - 7) Germershausen: Wegerecht I 2; Körner: Studien zum Recht der öffentlichen Wege, S.83 ff.; Hawelka: Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich, S.15; Schmidt: Die Grundbegriffe des Wegerechts, Fischers Z 47, 20; Voß: Das preußische Wegerecht, S.11.
 - 8) Ähnlich, aber nicht ganz zutreffend, definiert Maunz: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, S.56, die Einwilligung als "einräumung der privatrechtlichen Verfügungsgewalt".

verzichtbar und damit das Unterwerfungsverfahren als zulässig anzusehen sein. Seine rechtsstaatliche Problematik darf jedoch nicht unerwähnt bleiben. Eine Bestrafung im Unterwerfungsverfahren setzt ein Steuervergehen, dh in der Regel eine schuldhaft Verkürzung der Steuereinnahmen des Staates voraus. Der Beschuldigte ist aber meistens nicht in der Lage, die Rechtslage wegen der zahlreichen und subtilen steuerrechtlichen Bestimmungen nachzuprüfen. Er muß sich daher auf die Angaben des zuständigen Finanzbeamten verlassen, von dem auch nicht sicher ist, ob er sein Rechtsgebiet vollends beherrscht. Weil der Beschuldigte durch seine Unterwerfung nicht nur die Möglichkeit einer Bestrafung auf sich nimmt, sondern gleichzeitig auch auf Rechtsmittel verzichtet,¹⁾ ist es erforderlich, daß die Unterwerfungsverhandlung von einem Juristen geleitet und dem Beschuldigten gestattet wird, sich durch einen rechtskundigen Vertreter beraten zu lassen.²⁾ Dadurch ist gewährleistet, daß der Beschuldigte auch ordnungsgemäß belehrt wird über die rechtliche Bedeutung der Unterwerfung, ihre Unwiderruflichkeit, die Verzichtsfrage, Eintragung der Strafe ins Strafregister, Möglichkeit der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 470 RAO, § 8 VO vom 1.11.1921), Rückfallfrage für den Wiederholungsfall (§ 404 RAO) usw.

Weitere Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit ergeben sich aus dem Ausschluß der Öffentlichkeit. Einmal ist es im kleinen Kreise der Beteiligten viel leichter, einen Beschuldigten durch unerlaubte Willensbeeinflussung zur Unterwerfung geneigt zu machen. Andererseits besteht die Gefahr eines Kuhhandels zwischen Finanzamt und Beschuldigtem, der die obrigkeitlichen Befugnisse und die Durchsetzung des Strafanspruchs des Staates auf die Ebene des "do ut des" erniedrigt

1) Kühn: RAO, § 445, Anm. 5.

2) Mattern: Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, S.39, 45.

eine gültige Unterwerfung nicht vor¹⁾. Fehlt die Unterwerfung einmal ganz oder deckt sie sich nicht mit dem Strafausspruch der Behörde, so ist die Straffestsetzung mangelhaft und im Rechtsmittelverfahren aufzuheben.²⁾

§ 445 RAO spricht von der "festzusetzenden Strafe" und verlangt damit, daß die Unterwerfung der Straffestsetzung vorauszugehen hat. In dem "Antrag"³⁾ des Beschuldigten, ein Unterwerfungsverfahren durchzuführen, kann daher schon eine rechtsgültige Unterwerfung liegen, wenn er seine strafbare Handlung vorbehaltlos einräumt, und die Verwaltungsbehörde auf das von ihm vorgeschlagene Strafmaß eingeht.⁴⁾

Die Vereinbarkeit der gesetzlichen Vorschriften über das Unterwerfungsverfahren mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 20 II, 92 ff., ist nicht unbestritten, da sie der ausführenden Gewalt Funktionen übertragen, die das Grundgesetz der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten hat;⁵⁾ doch wird mit herrschender Lehre⁶⁾ das Recht auf gerichtliche Entscheidung als

1) Kühn: RAO, § 445 Anm. 1; Maaßen: Das Unterwerfungsverfahren der Finanzämter, DStZ 1942, 280 (281); Mattern: Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, S. 45.

2) Ebenso Kötter: Steuerstrafrecht und Steuerstrafverfahren, S. 90; Kühn: RAO, § 445 Anm. 5; Megow: Das Steuerstrafverfahren, S. 34. - Für Nichtigkeit treten ein: Fuchs: Handbuch des Steuerstrafrechts und Steuerstrafverfahrensrechts, S. 138; Mattern: Steuerstrafrecht II, S. 55 f.; Spörlein: Das Steuerstrafrecht, S. 67.

3) Das Unterwerfungsverfahren ist kein Antragsverfahren, daher kann es sich hier nur um eine Anregung handeln.

4) Klüber: Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht, VerWA 40, 113; Ule: Anm. zum Urteil des Hess. VGH vom 19.1.1949, DV 1949, 503.

5) Für eine Unzulässigkeit Hellm.v.Weber in seinen Vorträgen in der Finanz-Akademie in Siegburg am 16.12.1954 und 18.5.1955, zit. nach Mattern: Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, S. 44 Anm. 178; Hellm.v.Weber: Die strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention ZStrW 65, 334 (339).

6) Vgl. Mattern: Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, S. 43, 48.

oder des Privatrechts¹⁾ erblickt, andere sogar eine "rechtsetzende, verordnungsartige Verfügung" mit der "allgemeinverbindlichen Kraft eines Gesetzes"²⁾, die heute herrschende Meinung³⁾ sieht hinter solchen "Vereinbarungen" o.ä. Bezeichnungen jedoch einseitige hoheitliche Akte, die der Einwilligung des Abgabepflichtigen bedürfen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon daraus, daß in sachlich gleichliegenden Fällen der Ausdruck "Antrag" gebraucht wird.

Die Einwilligung ist hier Tatbestandsmerkmal, weil der Abgabepflichtige gleichzeitig auf eine genaue Erfassung seiner Besteuerungsunterlagen, wobei das Finanzamt auch die zugunsten des Abgabepflichtigen sprechenden Umstände berücksichtigen müßte, verzichtet. Eine Pauschalbesteuerung ohne Einwilligung des Abgabepflichtigen ist daher mangelhaft.

§ 36 Die Unterwerfung unter einen rechtswidrigen Verwaltungsakt.

I. Durch Unterwerfung kann auch ein sonst rechtswidriger Verwaltungsakt unanfechtbar geltend werden;⁴⁾ denn hier liegt in der Unterwerfung der Verzicht auf das zulässige Rechtsmittel.

-
- 1) Ehm: Komm. zum ErbschStG vom 10.9.1919, § 61 Anm. 5; Marcus: ErbschStG, Anm. zu § 35; Kessler: KapVerkStG, Anm. zu § 70; ders. KapVerkStG vom 16.10.1934, § 37 Anm. 2; Zimmermann-Mühe: ErbschStG vom 10.9.1919, § 62 Anm. 2; RG in JW 1886, 159.
2) Veiel: KapVerkStG, § 70 Anm. 1.
3) Kühn: RAO, § 220 Anm. 3; Megow: ErbschStG, § 35 Anm. III/IV; Riewald: RAO, § 220 Anm. III 3/4; Ritter: KapVerkStG vom 16.10.1934, § 37 Anm. 3; Schachian: ErbschStG vom 25.6.1931, § 35 Anm. 1; Wille: Kompromißlösungen im steuerrechtlichen Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren, StW 1944, 25 u. 29. - Jellinek: Festg. S. 111: zweiseitiger Verwaltungsakt.
4) Wolff: VR I § 48 III a 2.

§ 35 Die Pauschalbesteuerung.

"Verwaltungsakte auf Unterwerfung" sind vom Gesetz auch dann oft gewollt, wenn es von "Vertrag" oder "Vereinbarung" spricht. Insbesondere im Steuerrecht handelt es sich nicht um öffentlich- oder privatrechtliche Verträge, weil diese dem Steuerrecht, abgesehen von ganz geringen Ausnahmen, fremd sind.¹⁾ Wenn zB im Einzelfall die Veranlagungsunterlagen unübersichtlich sind, so kann im Wege der "Vereinbarung"²⁾ oder im "Einvernehmen"³⁾ mit dem Abgabepflichtigen oder mit seiner "Zustimmung"⁴⁾ oder auf seinen "Antrag"⁵⁾ von einer genauen Ermittlung des Abgabebetrages abgesehen werden und die Abgabe in einem Pauschbetrage festgesetzt werden. Ältere Autoren haben darin noch einen Vertrag des öffentlichen⁶⁾

1) Kühn: RAO, § 222 Anm. 3.

2) § 43 Preuß. Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 (GS. S.152); § 59 des Gesetzes über das Reichsnotopfer vom 31. Dezember 1919 (RGBl 2189) § 236 II RAO.

3) § 20 Vermögenssteuergesetz vom 10. August 1925 (RGBl I 233); § 20 des gleichen Gesetzes vom 22. Mai 1931 (RGBl I 237); § 8 des 2. Gesetzes zur vorläufigen Neuordnung der Steuern vom 20. April 1949 (WiBGBl 69); § 57 StDVO - SHG vom 8. August 1949 (RGBl I 214).

4) § 37 KapVerkStG in der Fassung des Gesetzes vom 22. September 1955 ((RGBl I 590).

5) § 70 KapVerkStG vom 8. April 1922 (RGBl I 241); § 44 ErbschStG vom 3. Juni 1906 (RGBl 620); § 61 ErbschStG vom 10. September 1919 (RGBl 1543); § 35 ErbschStG vom 10. August 1925 (RGBl I 233); § 35 ErbschStG vom 16. Dezember 1954 (RGBl I 391).

6) Brecht: ErbschStG, § 35 Anm. I; Brönner: KapVerkStG, § 37 Anm. 1; Frank: Pauschalierung und Pauschalfestsetzung im neuen Reichssteuerrecht, StW 1935 I 1101 (1116); Fürnrohr: Das Gesetz über das Reichsnotopfer vom 31.12.1919, § 59 Anm. 3; Hoffmann: Das Reichserbschaftssteuergesetz vom 3.6.1906, § 24 Anm. 5, § 44 Anm. 3; Kipp: Komm. zum ErbschaftsStG in der Fassung vom 22.8.1925, § 35 Anm. 4; Model: Handbuch des Testaments und Erbschaftssteuerrechts, § 35 Anm. 1; ders. Komm. zum ErbschStG, § 35 Anm. 1; Stölzle: ErbschStG 1925/1931, § 35 Anm. 4; Weinbach: KapVerkStG, § 70 Anm. 1; RFH in StW 1924, 875.

setzungen eines Widerrufs vorliegen.¹⁾

Andererseits ist aber, wenn der Antragsteller eine unbeschwerte Erlaubnis beantragt hat, die unter einer Bedingung oder Auflage erteilte Erlaubnis als Ablehnung der beantragten und Erteilung einer anderen Erlaubnis anzusehen.²⁾ Damit haben wir bezüglich dieser Erlaubnis den Fall eines "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes"; denn der erste Antrag ist verbraucht, und der individualistische Erwerbsgrundsatz unserer Rechtsordnung verlangt auch bei dem Erwerb von Rechten oder Rechtsstellungen die Zustimmung des Erwerbenden. Willigt der Antragsteller nun in die neue Erlaubnis ein, so erlangt auch die Bedingung oder Auflage in dem Augenblick ipso iure Wirksamkeit, in welchem von der Erlaubnis Gebrauch gemacht wird. Jellinek³⁾ bezeichnet zutreffend die mit einer Auflage versehene Erlaubnis als unbedingte Erlaubnis mit einem bedingten Befehl. Die Zustimmung braucht sich demnach nur auf die Erlaubnis zu beziehen, während die Verwirklichung der Erlaubnis ohne weiteres Zutun auch der Bedingung oder Auflage zur Wirksamkeit verhilft.

Bei der gebundenen Erlaubnis gewährt das Gesetz jedoch keinen Spielraum zwischen Versagung und Erteilung, so daß eine Bedingung rechtswidrig wäre und Auflagen nur rechtmässig, sofern sie zur Gefahrenabwehr erforderlich (§ 23 II OBG von NRW) oder nach besonderen gesetzlichen Vorschriften (zB § 11 GastG) zulässig sind.

1) OVG Hamburg vom 26.7.1953, VRspr 6, 81; OVG Münster vom 12.1.1954, AS 8, 136 (155 f.)

2) Wolff: VR I § 48 II a 3.

3) Jellinek: VR, S.261; ähnlich auch Kormann: System, S.158; Fachinger: Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Auflagen, DV 1949, 118; v. Mangoldt: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerWA 37, 120; ProVG 92, 210.

Auf diese Weise können Baulasten auferlegt werden, die sich nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften ergeben,¹⁾ oder Maßnahmen gegen einen Nichtstörer ergriffen werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 21 PVG nicht vorliegen. Häufige Anwendungsfälle sind auch Auflagen, die nicht selbst auf eine gesetzliche Ermächtigung gestützt werden können, als rechtlich selbständige hoheitliche Akte aber zum Hauptinhalt eines meist begünstigenden Verwaltungsakts, wie der Erlaubnis, Konzession usw., hinzutreten.

Hier wird jedoch unterschieden werden müssen, ob die Auflage zu einer "gebundenen", dh einer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erteilenden Erlaubnis hinzugefügt wird, oder ob es in das mehr oder weniger freie Ermessen der Behörden gestellt ist, die Erlaubnis zu erteilen oder zu verweigern. In dem Recht nämlich, die Erlaubnis verweigern zu können, liegt auch die Befugnis, sie unter bestimmten Auflagen zu erteilen; denn wer zu einem **"minus"** berechtigt ist, muß auch den weniger weitreichenden Schritt, das **"minus"**, vornehmen können.²⁾ Hier bedarf es entgegen der Ansicht von Kormann³⁾, keiner gesonderten Einwilligung des Antragstellers zu der Auflage, da die ihm auferlegte Verpflichtung letztlich doch ihre Grundlage im Gesetz hat. Das gilt nach Erlaß des Verwaltungsakts auch für den Fall, daß die Voraus-

-
- 1) RGZ 56, 4 (8): " mit der Einwilligung des Betroffenen wird der Vorbehalt des Gesetzes ignoriert." Anderer Ansicht ProVG 24, 369 (378).
 - 2) Köhler: VR, S. 168; v. Mangoldt: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerWA 37, 101 (120); O. Mayer: VR I 198; ProVG 34, 409 (413); 60, 393 (403); OVG Münster vom 12.1.1954, AS 8, 136 (154 f.); Wolff: VR I § 49 II b.
 - 3) Kormann: System, S. 157.

tungsbehörde ihrer Natur wegen nicht aussprechen darf, wie zB eine Freiheitsstrafe, so liegt trotz der Unterwerfung keine gültige Bestrafung vor.¹⁾

Ein anderes Beispiel enthält die Entscheidung des Preuß. OVG vom 10.5.1928 (AS 82, 322 und 328), der folgender Sachverhalt zu Grunde lag: Die zuständige Strombauverwaltung erteilte der Stadtgemeinde X die wasserrechtliche Genehmigung, an Stelle der alten Holzbrücke (über einem Wasserlauf I. Ordnung) eine feste Brücke mit vier Strompfeilern nach den genehmigten Plänen zu errichten. Die Genehmigung enthielt u.a. die "Bedingung" (in Wahrheit handelte es sich um eine Auflage): "Untiefen, die infolge des Brückenbaues auf der Strecke von 100 m oberhalb bis 100 m unterhalb der Brücke auftreten, hat die Stadt X nach Anweisung und nach näherer Anordnung der Oberstrombauverwaltung bis zur Sollsohle zu beseitigen." Die Stadt X klagte u.a. auf Aufhebung dieser "Bedingung", weil ihr dadurch die Verpflichtung auferlegt werde, im Wasserlauf Unterhaltungsarbeiten auszuführen, die an sich dem gesetzlich Unterhaltspflichtigen (Deutsches Reich) oblägen. Das OVG entschied: Die beanstandete "Bedingung" verstößt gegen zwingende gesetzliche Vorschriften, entbehrt deshalb der Rechtsgültigkeit und ist aufzuheben; denn eine solche Regelung sei nicht vereinbar mit § 113 des preuß. Wassergesetzes, der in Abs.1 vorschreibt: "Die durch dieses Gesetz begründete Verpflichtung zur Unterhaltung der Wasserläufe und ihrer Ufer ist eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit, die, abgesehen von den in diesem Gesetz bestimmten Fällen, weder aufgehoben noch geändert werden kann." Da nun weder in § 22 zugelassen noch einer anderen

1) Kühn: RAO, § 445 Anm. 4; Maaßen: Das Unterwerfungsverfahren der Finanzämter, DStZ 1942, 280.

II. a) Die Unterwerfung kann allerdings nicht die Kraft haben, einen rechtlich unmöglichen Verwaltungsakt zu heilen.¹⁾ So ist die Erteilung von bestimmten Approbationen und gewerblichen Genehmigungen auf Zeit wegen ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Verbotenheit auch bei Einverständnis des Antragstellers nicht zulässig (§ 40 I GewO, § 3 IV GastG). Die Rücknahme der Genehmigung darf nur auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften erfolgen. Sind solche Genehmigungen mit einer Befristung oder mit einem Widerrufsvorbehalt versehen, so sind sie nichtig.²⁾ Eine Schankkonzession kann nicht unter der Auflage erteilt werden, allgemein keine weiblichen Bedienten zu beschäftigen;³⁾ denn nach § 41 I 2 GewO finden in der Wahl des Arbeits- und Hilfspersonals keine anderen Beschränkungen statt als sie in diesem Gesetz angeordneten. Die von den Steuergesetzen an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Steuerforderung beruht auf zwingender Anordnung und kann durch "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" nicht zuungunsten des Steuerpflichtigen abgeändert werden; auch die Begründung einer Steuerschuld beruht allein auf dem Vorhandensein der Steuermerkmale.⁴⁾ Wenn im Interwerfungsverfahren nach § 445 RAO oder § 67 OWiG eine Strafe festgesetzt wird, welche das Finanzamt oder die Verwal-

-
- 1) Wolff: VR I § 48 III a 2; ders.: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1951, 523.
 - 2) Kormann: System, S. 354; Landmann-Rohmer: GewO, § 40 Anm. 2 b; Rohmer-Eyermann: GastG, § 3 Anm. 6 c; Wolff: VR I § 48 III a 2; ProVG 52, 374; 61, 345. - Anderer Ansicht: v. Bernewitz: ReichsGewO I 172; Fleiner: Institutionen, S. 170; Schenkel: Deutsche GewO I 308; v. Schicker: GewO I 200; RG in "Recht" 1913 Nr. 21 = GewA 9, 260; Bayer. VGH vom 1.5.1925, Bayer. VBl 73, 172 = GewA 23, 31
 - 3) Kormann: System, S. 354; ProVG 10, 288. - Anderer Ansicht Fleiner: Institutionen, S. 170.
 - 4) Becker: RAO, S. 149 f.; RFH 8, 157 (159); Bayer. VerfGH vom 13.10.1951 VRspr 4, 130.

der Verfassung liegen. Das ist im Hinblick auf die Sicherung der Grundrechte nicht ungefährlich.¹⁾ Wie sich die "Schranken" der Grundrechte zumindest unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben müssen,²⁾ können auch die Einschränkungen nur dann außerverfassungsmäßigen Bereichen entnommen werden, wenn die Verfassung selbst darauf verwiesen hat (wie zB in Art. 33 V). Das Grundgesetz gestattet Einschränkungen der Grundrechte durch Besondere Gewaltverhältnisse in Art. 12 IV, 17a und 33 V. Daneben sind alle diejenigen Einschränkungen möglich, die auch im allgemeinen Gewaltverhältnis zulässig sind.³⁾

b) Auch der Unterwerfung auf Seiten der Zivilperson sind Schranken gesetzt, die sie nicht überschreiten kann, ohne daß die Unterwerfung nichtig wäre.

1) Soweit der Staatsbürger im freiheitlich-demokratischen Staat nicht durch allgemeine, auf der Verfassung beruhende Gesetze zu Leistungen oder Duldungen gegenüber der öffentlichen Gewalt verpflichtet ist, hat er einen Spielraum seines Willens gegenüber der Obrigkeit. Diese staatsbürgerliche Freiheit als integraler Bestandteil unserer Staats- und Rechtsordnung wäre aber aufgehoben, könnte sich die Zivilperson allen zukünftigen rechtswidrigen Eingriffen der Staatsgewalt, dh generell, unterwerfen. Ein Zustand dieser Art würde der (allerdings unfreiwilligen) Unterworfenheit in absolutistischen Staaten entsprechen, als deren Gegenstück gerade der demokratische Staat sich zeigt.

1) Für eine Aufgabe der h.M. auch Maunz: Staatsrecht, S.108.

2) v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, S.123.

3) Hamann: Das Grundgesetz, S.68.

Vorschrift des Gesetzes zu entnehmen sei, daß gelegentlich der Genehmigung zur Errichtung einer Anlage in einem Wasserlauf dessen Unterhaltung abweichend von den in §§ 115 - 126 enthaltenen Vorschriften geregelt werden dürfe, sei die "Bedingung" rechtsungültig.

Hier hätte also auch die Unterwerfung der Stadt X nicht zu einer rechtsgültigen Auflage führen können.

Gegen zwingendes Recht verstößt es ferner, wenn in die Grundrechte einer Zivilperson eingegriffen wird, denn nach Art. 1 III GG binden die Grundrechte auch die Exekutive als geltendes Recht. Zu Einschränkungen in der Ausübung der Grundrechte ist die Exekutive aber mit ~~E~~inwilligung des Betroffenen insoweit befugt, als auch allgemein geltende Gesetze auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung des Grundgesetzes Einschränkungen gestatten können. Auch wer freiwillig in ein "Besonderes Gewaltverhältnis" eintritt, kann sich seiner Grundrechte nicht im Sinne eines "Nichts-Übrig-Bleibens"¹⁾ begeben, denn ihr Wesensgehalt darf "in keinem Falle" (Art. 19 II) angetastet werden.²⁾ Streitig ist nur, in welchem Umfange die öffentliche Gewalt auf dem Umweg über das Besondere Gewaltverhältnis die Grundrechte einschränken kann. Nach herrschender Meinung bestimmen sich die Grenzen nach den Aufgaben und Zielen des Besonderen Gewaltverhältnisses³⁾ und werden damit Wertungen unterworfen, die außerhalb

1) Wernicke in Bonner Komm., Art. 18 Anm. II 2 d.

2) Anderer Ansicht Friesenhahn: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949, 478 (481).

3) Dürig: Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW 1953, 328; Koellreutter: Staatsrecht, S.52; Krüger: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl 1950, 625 (629); v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, S.139; Zinn-Stein: Die Verfassung des Landes Hessen, S.95.

wöhnliche Umstände vorliegen; denn eine freie Verfügungsgewalt über das eigene Leben und die eigene Gesundheit kennt unsere Rechtsordnung in diesem Umfang nicht.

§ 37 Definition des "Verwaltungsakts auf Unterwerfung".

Der "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" läßt sich nunmehr definieren als ein

"hoheitlicher Akt der öffentlichen Verwaltung, der zu den gesetzlichen Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit (Tatbestand) auch die Unterwerfung der betroffenen Zivilperson zählt und ohne diese Unterwerfung zwar wirksam aber mangelhaft ist".

Auch ist die Verwaltung in erster Linie Vollzugsorgan des vom Gesetzgeber durch allgemein geltende Rechtsnormen geäußerten Staatswillens. Sie könnte sich diesem Willen mehr oder weniger entziehen, dh den Gesetzgeber ausschalten, wenn "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" die Regel bilden würden und nicht Ausnahmen des allgemeinen auf gesetzlichen Vorschriften beruhenden Verwaltungshandelns.

Eine Unterwerfung kann sich daher immer nur auf einen bestimmten rechtswidrigen Verwaltungsakt oder auf eine bestimmte Gruppe von rechtswidrigen Verwaltungsakten beziehen. Die für den einen Fall erklärte Unterwerfung wirkt nur hier, nicht auch für die nächste gleichgeartete Gelegenheit, bei der sie nach Belieben der Zivilperson wieder erteilt oder verweigert werden kann.

2) Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus der Eigenschaft der Unterwerfungserklärung als einer Willenserklärung des öffentlichen Rechts, auf die verschiedene Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung finden können. Allgemein anerkannt ist die Anwendbarkeit der §§ 116 ff., insbesondere der §§ 134 und 138 BGB;¹⁾ denn die rechtliche Wirkung von Willenserklärungen beruht auch auf dem Willen der Rechtsordnung. Wenn sie ein Geschäft nicht will, kann es nicht eintreten; wenn sie den Rechtserfolg mißbilligt, kann er nicht zur Entstehung gelangen. Verstößt daher eine Unterwerfungserklärung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist sie nichtig. Das wird idR dann der Fall sein, wenn auch der entsprechende Hoheitsakt dagegen verstößt. Eine Einwilligung zB in die Anordnung der eigenen Tötung, Sterilisation oder Abtreibung entspricht nicht dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden",²⁾ wenn nicht ganz außerger-

1) RGZ 134, 163 (167); PrOVG 97, 95 (100).

2) RGZ 48, 124; 73, 113.

S c h l u ß

Zusammenfassend kann als das Ergebnis dieser Untersuchung festgehalten werden:

Zustimmungsbedürftig ist ein Verwaltungsakt, wenn das Gesetz die Zustimmung des unmittelbar Betroffenen als eine Bedingung der Rechtswirksamkeit des Aktes gewollt hat, so daß er ohnedem schwebend unwirksam ist, während die Unterwerfung beim "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" zum gesetzlichen Tatbestand gehört, so daß der Akt bei fehlender Unterwerfung mangelhaft ist. Zustimmung und Unterwerfung können auch in einem Antrag enthalten sein, wenn das Gesetz für den Erlaß eines Verwaltungsaktes das Antragsverfahren vorgesehen hat. Nicht jeder Antrag impliziert jedoch eine Zustimmung oder Unterwerfung, denn vielfach ist der Antrag vom Gesetzgeber auf die Funktion einer bloßen Verfahrenseröffnung beschränkt worden.

"Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte" und "Verwaltungsakte auf Unterwerfung" haben miteinander gemeinsam das Erfordernis einer in der Einwilligung sich darstellenden rechtsgeschäftlichen Mitwirkung von Zivilpersonen. Dieses gemeinsame Merkmal rechtfertigt daher die Sammelbezeichnung der "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte"¹⁾, unter die bereits Wolff²⁾ seine Erörterungen zu dem untersuchten Rechtsgebiet zusammengefaßt hat.

1) Teilweise wird diese Bezeichnung auch für die hier sogen. "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte" gebraucht, so von Forsthoff: VR, S.188 ff.; Bad. VGH vom 30.7.1951, DVBl 1951, 668.

2) Wolff: VR I § 48.

Lebenslauf

Am 11. April 1929 wurde ich in Rüthen /Krs. Lippstadt geboren. Meine Eltern sind der Gleiswerker Fritz Siebecke und seine Ehefrau Anna geb. Mengerlinghaus. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich bestand am 27. Februar 1950 die Reifeprüfung an der Staatlichen Oberschule für Jungen in Rüthen. Vom SS 1950 bis zum WS 1953/54 studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und bestand das Referendarexamen am 12. Juni 1954. Den juristischen Vorbereitungsdienst schloß ich am 24. Juli 1958 mit dem Assessorexamen ab. Die mündliche Doktorprüfung war am 28. Juli 1958.

Lebenslauf

Am 11. April 1929 wurde ich in Berlin (Krs. Mitterteich) geboren.
Meine Eltern sind der Glasermeister Fritz Glaser und seine Ehe-
frau Anna geb. Wengertshausen. Ich besitze die deutsche Staats-
angehörigkeit.
Ich besuchte am 27. Februar 1950 die Reifeprüfung an der Staat-
lichen Oberschule für Jungen in Mitten. Vom SS 1950 bis zum
SS 1954 studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälis-
chen Wilhelms-Universität in Münster und bestand das Referen-
datsexamen am 12. Juni 1954. Den juristischen Vorbereitungsdienst
abschloß ich am 24. Juli 1958 mit dem Assessorexamen ab.
Die schriftliche Referendarprüfung war am 26. Juli 1958.



F. Lieber